CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
TERCER TRIMESTRE
1992

Presidente
Doctor Alvaro Lecompte Luna

Vicepresidente
Doctora Clara Forero de Castro

Secretaria General
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente
Doctor Yesid Rojas Serrano
Doctor Miguel González Rodríguez
Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez

SECRETARIO
Doctora Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Doctor Joaquín Barreto Ruiz
Presidente
Doctora Clara Forero de Castro
Doctora Dolly Pedraza de Arenas
Doctor Alvaro Lecompte Luna
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker
Doctor Diego Younes Moreno

SECRETARIO
Doctora Eneida Wadnipar Ramos

SECION TERCERA

Doctor Daniel Suárez Hernández
Presidente
Doctor Carlos Betencur Jaramillo
Doctor Juan de Dios Montes Hernández
Doctor Julio César Uribe Acosta

SECRETARIO
Doctora Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

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

SECRETARIO
Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente
Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff
Doctor Amado Gutiérrez Velásquez
Doctor Jorge Penén Deltieure

SECRETARIO
Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

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

SECRETARIA
Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1- Doctora Libia Zulua Uribe
2- Doctora Edne Cohen Daza
3- Doctor Jaime Ossa Arbeláez
4- Doctor Jaime Maya Betancourt
5- Doctora María Eugenia Samper Rodríguez
6- Doctora Margarita Olaya de Obando
7- Doctora Gloria Aldas Gracia (E)
8- Doctora Luz Stella Peña de Méndez
9- Doctora Inés Hurtado Cubides
10- Doctor Fernando Ospina Henao

RELATORES

Doctora María del Pilar Espinosa Salazar
Doctor Danilo Rojas Betancourth

SALA PLENA
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos/**SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Efectos/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Improcedencia

Si bien en la sentencia citada como contrariada se da aplicación a la institución del derecho procesal civil expuesta por Chiovenda del "ius superveniens", en cuanto fenómeno jurídico que permite acoger en un proceso las pretensiones de la demanda cuandoquiera que sin haberse modificado ésta, sobrevienen hechos posteriores constitutivos del derecho incoado, esta aplicación la efectúa el fallador en aquella ocasión, para dar los correspondientes efectos retroactivos a una sentencia del tribunal, esto es una sentencia de nulidad y no a una decisión de inconstitucionalidad, respecto de las cuales ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido que producen efectos únicamente hacia el futuro, a diferencia de las sentencias de nulidad que producen efectos hacia el pasado. La sentencia impugnada no contraría en modo alguno esta posición, sino que más bien la ratifica cuando reitera que los efectos de las sentencias de inexequibilidad operan hacia el futuro.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Santafé de Bogotá, D.C., Julio primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Referencia: Expediente Nº. S-234 Actor: Jorge Caviedes Torres y otros. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 30 de julio de 1991 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Fallo.

Decide la Sala el recurso extraordinario de súplica interpuesto por Jorge Caviedes Torres y otros contra la sentencia de 30 de julio de 1991 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación.

A- ANTECEDENTES

1.- La demanda. Los oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana Jorge Caviedes y otros, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (artículo 67 Ley 167 de 1941) presentaron demanda contra el Decreto 2087 de 1978 por el cual se les separó del servicio en forma temporal y contra los actos que sirvieron de fundamento a aquél decreto (resolución de convocatoria del Tribunal Disciplinario, fallos de primera y segunda instancia y demás actos de juzgamiento) aduciendo básicamente:

a.- La procedencia de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 215 Constitución de 1886) respecto del decreto que le sirvió de base a la medida acusada (Decreto 2782 de 1965 Régimen disciplinario FF.MM.) por cuanto fué expedido por el Gobierno sin autorización legal ni constitucional para ello (fl. 8 proceso).

b.- Violación del artículo 26 C.N. (Constitución de 1886), la cual se desprende de lo anterior, por no ajustarse los actos acusados a las formas propias de cada juicio dado que la norma en que se fundamenta es inaplicable por vía de excepción de inconstitucionalidad (fl. 9 proceso).

c.- Violación del artículo 169 C.N. (Constitución de 1886) al privarse a los militares mencionados de los derechos a su grado, honores y pensiones "así sea temporalmente" (fl. 9 proceso).

Posteriormente, el apoderado de la actora presentó dos memoriales en los cuales solicita se otorgue efectos, para el caso *sub-judice*, a la sentencia de inexequibilidad del Decreto 2782 de 1965 (Régimen Disciplinario FF.MM.) proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1979). (fls. 10 y ss.).

2.- La sentencia del tribunal. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 4 de febrero de 1983 negó las súplicas de la demanda por estimar improcedente la excepción de inconstitucionalidad

solicitada, así como que no hubo violación del artículo 26 C.N. (Constitución de 1886) por cuanto "la administración fue celosa en agotar todas las etapas que gobiernan esta clase de procesos, garantizando el derecho de defensa de los acusados, todo lo cual trajo como resultado la responsabilidad de los mismos en hechos constitutivos mala conducta..." (fls. 16 y ss. proceso).

3.- La sentencia de la Sección Segunda. La Sección segunda del Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia de 30 de julio de 1991, confirmó la decisión del Tribunal por estimar que:

a.- La inconstitucionalidad que permite la aplicación del artículo 215 C.N. (Constitución de 1886) es aquélla en la cual los textos en comparación son incompatibles de modo que la norma constitucional regula el asunto en forma diferente a aquélla consagrada en la norma inaplicada, evento que no es el que se estudia dado que la inconstitucionalidad del Decreto 2782 de 1965 se fundamentaría en que "fue dictado con apoyo en una norma (el artículo 5o. del Código Penal Militar) que confería facultades indefinidas y no temporales al ejecutivo para expedir el estatuto disciplinario" (Fl. 160 proceso).

b.- "... tampoco le es útil a los demandantes para la prosperidad de su acción, la circunstancia de que después de presentada la demanda, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 15 de noviembre de 1979, hubiera declarado la inexequibilidad del mencionado decreto 2782 de 1965, debido a que los efectos de la inexequibilidad son futuros y no retroactivos, como lo ha sostenido la jurisprudencia vigente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación." (fl. 161 proceso).

c.- "Síguese de lo anterior, además, que tampoco puede haberse quebrantado el artículo 26 de la Constitución Política, precisamente porque el proceso disciplinario se cumplió atendiendo los requisitos establecidos en el reglamento vigente en ese momento, o sea el contenido en el Decreto 2782 de 1965." (fl. 162 proceso).

d.- No hubo infracción al artículo 169 C.N. (Constitución de 1886) toda vez que la sanción aplicada con el decreto acusado fué la separación temporal del servicio por seis (6) meses (fl. 162 proceso).

4.- La súplica. La parte actora interpuso recurso extraordinario de súplica contra la anterior sentencia por estimar que ella contraría la doctrina sostenida en varias sentencias del Consejo de Estado así:

a.- Sentencia de Sala Plena de 29 de julio de 1970 (es 1960), por cuanto este fallo "enseña que la excepción de inconstitucionalidad no puede proponerse en vía *erga homnes*, (sic) sino interpartes, como se propuso en este proceso contra el decreto 2087, lo que no aceptó dando lugar a que fuera uno de los aspectos de nulidad; pero como llega durante el proceso la sentencia de inexequibilidad, no solamente corrobora la excepción, sino que produce no sólo efectos interpartes en el proceso sino efectos inmediatos erga homnes (sic). Es (fl. 3 recurso).

b.- Sentencia de 23 de agosto de 1988 en la cual se afirmó que la declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad (fl. 3 recurso).

c.- Sentencia de 20 de febrero de 1969 en cuanto que "por esta jurisprudencia en cuanto a la excepción declinatoria de inconstitucionalidad que en este caso subjudice fue propuesta, no se hace diferencia entre aplicación de acto y aplicación de futuro y de otro lado, refuta el sofisma de la interpretación que da dicho fallo con ponencia del Dr. Joaquín Barreto Ruiz, distinguiendo y manipulando la interpretación entre incompatibilidad y la locución de que es en todo caso que la excepción opera." (fl. 4 recurso).

d.- Sentencia de 16 julio de 1972 (es de 1962) en cuanto que "esta jurisprudencia acepta que tanto la excepción de declinatoria del artículo 215, hoy artículo 4o. de la Constitución de 1991, como el efecto de los fallos que dicte la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del control jurisdiccional del artículo 243 equivalente al 214 de la Constitución de 1986, no admiten la limitación del efecto de la excepción ni tampoco que la sentencia de inconstitucionalidad que es erga homnes (sic) no tenga la valoración jurídica de cosa juzgada constitucional y que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto declarado inexequible por razones de fondo mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución." (fl. 6 recurso).

e. Además sentencias de 20 de junio de 1960, 9 de mayo de 1972, 21 de marzo de 1980, 1 de septiembre de 1961, 17 de noviembre de 1978, 10 de octubre de 1967, 8 de junio de 1972, 22 de mayo de 1974, 2 de septiembre de 1974, 21 de mayo de 1980, 30 de julio de 1955, 25 de mayo de 1955 (es de 1954), 16 de diciembre de 1955, 29 de julio de 1960 y 24 de septiembre de 1955 para todas las cuales plantea como motivo de violación por parte de la providencia impugnada el siguiente argumento:

"Al invocar estas sentencias que tratan por diversas maneras la inexequibilidad como fenómeno jurídico equivalente a la nulidad, se insiste en la consideración de que la jurisprudencia anterior admite la vía exceptiva que aquí fue propuesta en su oportunidad, la sentencia recurrida en súplica la restringe que es precisamente la contradicción entre una y otras jurisprudencias, en que en el segundo tiempo desaparece por completo la filosófica jurídica de la favorabilidad tanto por tratarse de una relación de trabajo como por ser una relación comprometida con la penalidad del derecho disciplinario." (fl. 7 recurso).

B.- CONSIDERACIONES

1.- La doctrina sostenida en la sentencia impugnada.

Dos son los puntos de derecho tratados, para efectos de la decisión, en la providencia recurrida y que han sido invocados por las recurrente indicando que contrarían doctrina anterior sostenida por la Corporación, a saber:

a.- La incompatibilidad que permite aplicar la excepción de inconstitucionalidad sólo se refiere a uno de los tres eventos de inconstitucionalidad de una norma, el relativo a contradicción entre los textos o contenidos materiales de las normas en comparación.

b.- La declaratoria de inexequibilidad de una norma sólo produce efectos hacia el futuro, de modo que no afecta actos y situaciones jurídicas producidas en el pasado.

2.- Las sentencias invocadas.

Dada la proximidad de los dos temas planteados en la sentencia impugnada y que son motivo de análisis, se procederá a hacer la respectiva confrontación, a la luz de los dos puntos esbozados, entre la providencia de la sección segunda acusada, y todas las sentencias invocadas a excepción de las no localizadas en la Relatoría de la Corporación y aquellas que de ninguna manera se refieren a los temas que nos ocupa, según se indicará a continuación.

a.- Sentencias no localizadas. De acuerdo con el informe de Relatoría (fl. 17), las siguientes sentencias aducidas por la recurrente en el escrito de súplica (fls. 7 y ss. recurso) no fueron localizadas dada la falta de mayores datos respecto de ellas o irregularidades en dichos datos, tales como equívoca referencia de Anales y aún la asignación de la ponencia a un Consejero que para la fecha no pertenecía ya a la Corporación, eventualidad que determina

obviamente, el que no puedan ser tenidas en cuenta. Son las referidas como de fechas: 23 de agosto de 1988, 1 de septiembre de 1961, 17 de noviembre de 1978, 8 de junio de 1972, 2 de septiembre de 1974, 21 de mayo de 1980 y 30 de julio de 1955.

b.- Sentencias irrelevantes. Tampoco pueden ser objeto de análisis por no existir términos comunes de comparación, las providencias de 25 de mayo de 1954, 25 de septiembre de 1955 y 16 de septiembre de 1955 invocadas por la recurrente, dado que se refieren a tópicos ajenos a los que nos ocupan, como son en su orden: La revisión por parte del Consejo de Estado de la resoluciones sobre reconocimientos con cargo al Tesoro Público (artículo 164 Ley 167 de 1941), la retrospectividad de la ley y el principio de plenitud del orden jurídico. Tampoco involucraron la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad ni el otorgamiento de efectos retroactivamente a alguna sentencia de inexequibilidad.

c.- Sentencias relevantes. Las demás sentencias invocadas se ocupan de alguno de los dos temas o constituyen aplicación de una posición al respecto, por lo que procedería respecto de ellas la comparación con la doctrina sostenida por la Sección Segunda en la providencia acusada.

No obstante lo anterior, se observa que algunas de ellas están contenidas en providencias de las secciones y no de la Sala Plena por lo cual, acatando la doctrina que la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente, y que el suscrito Consejero Ponente no ha compartido del todo, en el sentido de que la jurisprudencia contrariada idónea para sustentar el recurso extraordinario de súplica, debe estar contenida exclusivamente en providencias de la antigua Sala de Negocios Generales, de la Sala de lo Contencioso Administrativo o de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo solo tendrá en cuenta las providencias de 29 de julio de 1960, 16 de julio de 1962, 20 de junio de 1960 y 9 de mayo de 1972.

En consecuencia, no tendrá en cuenta las providencias invocadas por el suplicante que aunque referidas a los temas anteriormente precisados, han sido expedidos por las secciones, a saber: Sentencias de 20 de febrero de 1969, 21 de marzo de 1980, 10 de octubre de 1967 y 22 de mayo de 1974.

1) Sentencia de 29 de julio de 1960 Sala de lo Contencioso Administrativo. Respecto de esta providencia, se advierte que el aparte transcrito por el recurrente (fl. 2/3) no es opinión directa del Consejo de Estado, sino que es transcripción de la exposición del tratadista Bielsa en

torno a la excepción de ilegalidad, como claramente se indica en dicha providencia (fl. 32 recurso, pág. 214 Anales) antes de iniciarse la transcripción, y que si bien pudo haberse transcrito para efectos de ser prohijada por la Corporación, de dichos párrafos no se deriva la conclusión pretendida por el suplicante en cuanto a que las sentencias de inexequibilidad producen efectos inmediatos *erga omnes* (fl. 3 recurso), sino que en ella se hace mención a que la excepción de ilegalidad se puede aplicar en cualquier tiempo (*regla Quae temporalia sunt ad agendum perpaetua sunt ad excipiendum*) y que la decisión de dicha excepción (y aun la de inconstitucionalidad) solo tiene efectos interpartes.

De otra parte, si bien más adelante, en la citada sentencia (fl. 36 recurso, pág. 233 Anales) se da aplicación a la institución del derecho procesal civil expuesta por Chiovenda del "*ius superveniens*", en cuanto fenómeno jurídico que permite acoger en un proceso las pretensiones de la demanda cuandoquiera que sin haberse modificado ésta, sobrevienen hechos posteriores constitutivos del derecho incoado, esta aplicación, la efectúa el fallador en aquélla ocasión, para darle los correspondientes efectos retroactivos (y por tanto constitutivos del derecho a considerar inoperante la forma anulada) a una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esto es una sentencia de nulidad y no a una decisión de inconstitucionalidad, como pretende el recurrente en el caso presente, respecto de las cuales ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, aún vigente, en el sentido que producen efectos únicamente hacia el futuro, a diferencia de las sentencias de nulidad que producen efectos hacia el pasado (cir. 28 de noviembre de 1989 C.P. Simón Rodríguez R. y 14 de enero de 1991 C.P. Carlos Gustavo Arrieta).

Ahora bien, la sentencia impugnada no contraría en modo alguno esta posición, sino que más bien la ratifica cuando reitera que los efectos de las sentencias de inexequibilidad operan hacia el futuro.

2) Sentencia de 16 de julio de 1962 Sala de lo Contencioso Administrativo. En esta providencia se hacen consideraciones generales en torno al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tanto por vía de acción, como por vía de excepción, sus alcances así como a la posibilidad de inaplicar por inconstitucionales, las ordenanzas departamentales cuandoquiera que sean contrarias a las normas constitucionales (fl. 60 recurso, pág. 211 Anales), no obstante el mandato de la misma Constitución respecto de su obligatoriedad, pero en manera alguna toca los dos tópicos esbozados en la providencia de la Sección Segunda, esto es, el referente a los efectos de la sentencia de inexequibilidad y el relativo al tipo de incompatibilidad normativa que permite la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad;

por tanto, al no existir términos comunes de comparación no es factible que se de la contradicción doctrinaria aducida por el suplicante.

3) Sentencias de 20 de junio de 1960 Sala de lo Contencioso Administrativo y 9 de mayo de 1972 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Las cuales invoca conjuntamente el recurrente como contrariadas con argumentos relativos a la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad y la aplicación del principio de favorabilidad, según se dejó expuesto en el numeral 4, literal 3 de los antecedentes.

Advierte la Sala que en las mencionadas providencias se abordan en su orden los siguientes aspectos de los temas en controversia: la inadmisibilidad de la excepción de inconstitucionalidad respecto de un acto concreto que resuelve una cuestión decidida anteriormente en otro de igual categoría (fl. 70 recurso) y los efectos de la declaración de inexequibilidad de un Acuerdo Municipal por parte de los Tribunales Administrativos (fl. 76 recurso), los cuales si bien se relacionan con los aspectos aducidos en la sentencia recurrida, de ninguna manera tocan específicamente el punto de la diferenciación de los tipos de incompatibilidad para la prosperidad de la excepción, ni el de los efectos de las sentencias de inexequibilidad.

Por las anteriores razones, al no encontrarse contradicción entre la sentencia impugnada y las providencias invocadas por el recurrente, no podrá prosperar el recurso interpuesto.

Finalmente, debe la Sala censurar el proceder del apoderado en la cita de las providencias que dice contrariadas y dará informe de dicha conducta al Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

Envíese por secretaría copia de esta providencia junto con el memorial de interposición del recurso y el informe de Relatoría, al Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que si lo estima pertinente investigue la conducta del apoderado.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia/ **EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/JURISPRUDENCIA**-Naturaleza

El artículo 230 de la Constitución implica que cada una de las Secciones entre las cuales están distribuidas las funciones de la Sala Contencioso Administrativa, con criterio de especialización, bien puede apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esta posición constituya causal de recurso que puede conllevar la revocatoria de sus providencias, ya que sus decisiones, en principio, están sujetas solamente a la ley y en ella se fundamentarán las causales para atacar sus providencias en recursos extraordinarios. En consecuencia, cuando alguna Sección acoja sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica. Como el fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Cartá Política, con base en el artículo 4o. de la misma, lo estima improcedente.

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

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente Nº. S-275 Actor : BANCO CAFETERO C/ LA NACION Impuesto (Sanción por libros) AUTO.

Oportunamente la señora apoderada de la Nación (Dirección de Impuestos Nacionales) interpuso recurso extraordinario de súplica de que trata el art. 130 del C.C.A. contra la sentencia dictada en este proceso el 14 de febrero de 1992.

El señor apoderado de la parte actora se opone a que se conceda con apoyo en los artículos 230 y 4o. de la Constitución.

SE CONSIDERA:

Dispuso el artículo 130 del C.C.A. que "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 Corporación" procede el recurso Extraordinario de Súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Sabido es que el origen de esta disposición, que introdujo al C.C.A. la reforma consagrada en el Decreto 2304 de 1989, fué el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 cuya vigencia había sido controvertida. Sabido es también que la finalidad perseguida con dicho recurso desde su iniciación en 1975 fue la de lograr la unificación de la jurisprudencia o, por lo menos, evitar la producción dispersa y hasta posiblemente contradictoria que pudieran dictar las Secciones en que se dividió la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo cual condujo a la Corporación a adoptar como patrón jurisprudencial, para los efectos de este recurso, la producida por la Sala en pleno y no por la de cada una de las Secciones.

Pues bien. Esta concepción de la función judicial alrededor de la jurisprudencia sufrió un considerable cambio al ser expedida la nueva Constitución Política en la que en forma deliberada, por haber sido objeto de debate doctrinario, se consagró la preeminencia de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, en la actividad judicial, en los siguientes términos:

ARTICULO 230.

"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Esta norma constitucional implica que cada una de las Secciones entre las cuales están distribuidas las funciones de la Sala Contencioso Administrativa, con criterio de especialización, bien puede apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esta posición constituya causal de recurso que puede conllevar la revocatoria de sus providencias, ya que sus decisiones, en principio, están sujetas solamente a la LEY y en ella se

fundamentarán las causales para atacar sus providencias en recursos extraordinarios.

Dentro del nuevo derrotero señalado por la Constitución, bien puede adoptar como criterio interpretativo la jurisprudencia de la Sala Plena como criterio auxiliar, mas no obligatorio.

Al anterior principio expresamente consagrado en la Constitución de 1991, se agrega el de la independencia de las decisiones judiciales resaltado por el artículo 229 de la misma Carta.

En consecuencia y en concepto de esta Sala, cuando alguna Sección - acoja sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica consagrado en los dos primeros incisos del art. 130 del C.C.A.. Como el fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Carta Política, con base en el artículo 4o. de la misma, lo estima improcedente.

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

RESUELVE:

Niégase la concesión del recurso extraordinario de súplica interpuesto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del 7 de julio de 1992.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente -ausente-; *Clara Forero de Castro,* Vicepresidenta -salva el voto-; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz -salva el voto - ; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff,* - salva el voto - ; *Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez,* - ausente-; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas* -salva el voto-; *Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos,* -ausente-; *Daniel Suárez Hernández,* -salva el voto-; *Julio César Uribe Acosta,* - ausente -; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la Sentencia de febrero 10 de 1993, Exp. 1061, Ponente: DIEGO YOUNES MORENO, Actor: HERNANDO CIFUENTES CAMACHO.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Vigencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Naturaleza/**JURISPRUDENCIA**-Naturaleza/(Salvamento de Voto)

La razón del recurso no ha sido nunca la «violación» de la jurisprudencia; la razón siempre ha sido el vicio de incompetencia de la Sección que sin acudir a la Sala Plena modifica la jurisprudencia de ésta. Así lo entendió hasta ahora la Sala Plena, reiterando que el propósito del recurso no era dar rango de ley a la jurisprudencia y que por ello, aún cuando se encontrara que efectivamente la providencia acusada contrariaba el precedente jurisprudencial invocado, si reexaminado éste, consideraba que la interpretación de la Sección sobre el punto concreto de derecho se ajustaba más a la ley, debía acogerla modificando su interpretación anterior, en cuyo caso no había lugar a la prosperidad del recurso. No hay lugar a considerar que exista contrariedad entre el artículo 130 del C.C.A. y el artículo 230 de la nueva Carta Política, precepto éste último que por lo demás, solo repite el principio de la sujeción del juez a la ley positiva, consagrado ya en la ley 153 de 1887.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos. (1992).-

Referencia: Expediente Nº. S-275 Actor :BANCO CAFETERO. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.

Respetuosamente me permito explicar mi voto negativo a la decisión mayoritaria de la Sala de negar la concesión del recurso extraordinario de súplica por considerarlo incompatible con la nueva Constitución Política.

La decisión de la que me separo, en mi sentir resulta del equivocado y novedoso entendimiento de la mayoría, de lo que es el recurso extraordinario de súplica.

Desde el Decreto 528 de 1964 (art. 24) para unificar la jurisprudencia del Consejo Estado, que podía resultar dispersa por el funcionamiento separado de sus Salas, se otorgó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la competencia para modificar su jurisprudencia; hoy esta atribución se encuentra dispuesta por el artículo 97-6 del Código Contencioso Administrativo y, como antes, también hoy debe operar normalmente por iniciativa de la Sección que desee modificar la jurisprudencia anterior.

Pero como era posible que consciente o inadvertidamente una Sección modificara sin anuencia de la Sala Plena una jurisprudencia, la ley 11 de 1975 previó un procedimiento para purgar el vicio de incompetencia e instituyó el recurso extraordinario de súplica, concebido como un instrumento para unificar la jurisprudencia, no para mantenerla intangible como lo entendió en esta oportunidad la mayoría de la Sala.

La razón del recurso por tanto, no ha sido nunca la "violación" de la jurisprudencia; la razón siempre ha sido el vicio de incompetencia de la Sección que sin acudir a la Sala Plena modifica la jurisprudencia de ésta.

Así lo entendió hasta ahora la Sala Plena al fallar multitud de súplicas, reiterando que el propósito del recurso no era dar rango de la ley a la jurisprudencia y que por ello, aún, cuando se encontrara que efectivamente la providencia acusada contrariaba el precedente jurisprudencial invocado, si reexaminado éste, consideraba que la interpretación de la Sección sobre el punto concreto de derecho se ajustaba más a la ley, debía acogerla modificando su interpretación anterior, en cuyo caso no había lugar a la prosperidad del recurso.

En este entendimiento del recurso que yo sigo prohijando, no hay lugar a considerar que exista contrariedad alguna entre el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 230 de la nueva Carta Política, precepto este último que por lo demás, sólo repite el principio de la sujeción del juez a la ley positiva, consagrado ya en la ley 153 de 1887.

Por el contrario, a mi juicio la decisión mayoritaria de la Sala desconoce este principio, porque a pesar de que pregona el imperio de la ley, sin razón alguna deja de aplicar la ley que consagrado positivamente el recurso.

Atentamente,

Dolly Pedraza de Arenas.

NOTA DE RELATORIA: El consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ adhiere a los salvamentos de voto.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Vigencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Naturaleza/**JURISPRUDENCIA** -Naturaleza/ (Salvamento de Voto).

Considero que el recurso de súplica no quedó abolido por el artículo 230 de la C.N. El recurso extraordinario de súplica aparece establecido como un medio de control que surge frente al incumplimiento de un mecanismo interno establecido por la misma Corporación (art. 13 del Reglamento) para introducir cambios en la jurisprudencia. Es claro que el recurso busca hacer prevalecer la la ley y no la jurisprudencia y por lo mismo no contradice en nada el texto constitucional y así ha debido declararlo la Sala y proceder el estudio correspondiente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Referencia: Expediente Nº. S-275 Actor : Banco Cafetero.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Con el mayor respeto me permito salvar el voto a la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede porque considero que el recurso de súplica no quedó abolido por el artículo 230 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

El artículo 230 en mención, es del siguiente tenor:

"... Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

El recurso extraordinario de súplica aparece establecido como un medio de control que surge frente al incumplimiento de un mecanismo interno establecido por la misma Corporación (Art. 13 del Reglamento) para introducir cambios en la Jurisprudencia.

Ahora bien, en la práctica se observa que frente a un recurso extraordinario de súplica interpuesto, la Sala estudia en primer término si hay contradicción de la jurisprudencia por parte de la providencia acusada pero, en caso afirmativo, debe examinar a continuación cual de las dos entre la jurisprudencia y la providencia que se cuestiona, se ajusta a la ley para, como consecuencia del examen, bien mantener la primera o bien adoptar la segunda como la nueva jurisprudencia de la Corporación en reemplazo de la anterior.

En este orden de ideas es claro que el recurso busca hacer prevalecer la Ley y no la jurisprudencia y por lo mismo no contradice en nada el texto constitucional y así ha debido declararlo la Sala y proceder al estudio correspondiente.

De los señores Consejeros.

Miren de la Lombana de Magyaroff.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Vigencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Naturaleza/**JURISPRUDENCIA** - Naturaleza/**FUENTES FORMALES DEL DERECHO/LEY**/(Salvamento de Voto).

El artículo 230 de la Constitución lo que hace es reiterar la característica que informa al derecho colombiano de tener como principal fuente formal a la ley, entendida esta locución en su sentido amplio de norma escrita de derecho, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina también lo son pero en un plano inferior a aquella. La jurisprudencia es un producto del derecho que surge necesariamente de la interpretación y la aplicación de la ley. El recurso extraordinario de suplica está consagrado en la ley, y se fundamenta en la violación de ésta. La finalidad del recurso es uniformar la jurisprudencia, evitar el caos jurisprudencial, es decir, que hayan fallos encontrados de las Secciones. Con esta función que cumple el recurso garantiza a su vez la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

REF.: Expediente S-275 Actor. BANCO CAFETERO

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, no comparto la decisión anterior por las siguientes razones:

1.- *El artículo 230 de la Constitución Nacional reitera que en Colombia impera un sistema de Derecho Legislado.*

Cuando este precepto prescribe que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial no se consagra, a mi juicio, nada nuevo en Colombia puesto que desde un siglo antes venía rigiendo tal principio estatuído por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, el cual reconoce tal preeminencia a la ley y atribuye carácter subsidiario a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho.

El artículo 230 lo que hace es reiterar la característica que informa al Derecho Colombiano de tener como principal fuente formal a la Ley, entendida esta locución en su sentido más amplio de norma escrita de derecho, y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina también lo son pero en un plano inferior a aquélla.

2.- *La Jurisprudencia es un producto del Derecho que surge necesariamente de la interpretación y la aplicación de la ley.*

En un sistema de Derecho Legislado como el colombiano la función de aplicar la ley, que corresponde a los organismos integrantes de la Rama Judicial, supone previamente la interpretación de ella. Esta actividad, conforme lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en providencia de 14 de Julio de 1947, consiste en "... fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende solo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aún suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran; solo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas, para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica..."

Como fruto de esa interpretación de la ley y de dar aplicación a ésta en un caso concreto surge la providencia judicial, la cual, a su vez, al ser reiterada da origen a la Jurisprudencia: dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, la define el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado; "El conjunto de decisiones proferidas por los jueces en la aplicación de las leyes", según el tratadista de Derecho Civil Arturo Valencia Zea.

No puede, por consiguiente, concebirse a la Jurisprudencia en nuestro Derecho como algo independiente de la ley, sino, por el contrario, íntimamente relacionado con ella, pues su nobilísimo fin es el de propender por la uniformidad en su aplicación.

3.- *El recurso extraordinario de súplica está consagrado en la ley, y se fundamenta en la violación de ésta.*

El artículo 130 del C.C.A. al consagrar este medio de impugnación lo hace descansar en una típica violación de la ley: la incompetencia de las Secciones para modificar la jurisprudencia, por estar esta atribución asignada privativamente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según lo preceptúa el artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964.

La finalidad del recurso es uniformar la Jurisprudencia, evitar el caos jurisprudencial, es decir, que hayan fallos encontrados de las Secciones. Con esa función que cumple el recurso se garantiza a su vez la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley.

Las consideraciones anteriores ponen de presente que el recurso extraordinario de súplica regulado por el artículo 130 del C.C.A. se aviene con la preceptiva del artículo 230 de la Carta por estar consagrado en la ley y tener relación intrínseca con ella en lo tocante a su interpretación y aplicación. Esa sujeción a la ley descarta que pueda atentar contra la independencia de las decisiones judiciales que postula el artículo 228 del mismo estatuto.

En conclusión, debió, a mi juicio, concederse el recurso extraordinario interpuesto y no caerse en el extremo que pregona la providencia que motiva este disentimiento.

Por último, quiero resaltar que el excesivo culto a la ley ha dado origen a un fenómeno que la doctrina denomina "fetichismo de la ley escrita".

Fecha *ut supra.*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Vigencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Naturaleza/**JURISPRUDENCIA**-Naturaleza (Salvamento de Voto).

Considero que el recurso extraordinario de súplica no ha sido ni es contrario a disposiciones constitucionales. A mi juicio este recurso fue concebido como instrumento eficaz de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, pues a raíz de la división de esta Corporación en Salas o Secciones, se previó que fuera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la que pudiera modificar la jurisprudencia por ella sentada anteriormente. En ningún caso la jurisprudencia es fuente de derechos; es simplemente un factor auxiliar. Ni tampoco se vuelve obligatoria, porque la Sala Plena bien puede acoger, la jurisprudencia de la Sección, prohijarla, legitimando así el cambio. Ni antes ni después de la Constitución de 1991 le ha sido permitido al juez adoptar decisiones que carezcan de sustento en normas positivas de derecho pero sí puede al juzgar, interpretar esas normas para su correcta aplicación. Esa interpretación varía según la complejidad de la norma y el juez que la aplica.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Referencia: Expediente Nº. S-275 Actor : Banco Cafetero

Respetuosamente me separo del criterio mayoritario de la Sala, porque considero que el recurso extraordinario de súplica no ha sido ni es contrario a disposiciones constitucionales.

A mi juicio, este recurso extraordinario fue concebido como un instrumento eficaz de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, pues a raíz de la división de esta Corporación en Salas o Secciones, se previó que fuera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la que pudiera modificar la jurisprudencia por ella sentada anteriormente.

Así lo dispuso el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, y actualmente el 97 numeral 6 del C.C.A. El auto del cual disiento admite esta finalidad.

A través del recurso, para cuya viabilidad no se exige sino su oportuna presentación y la cita de jurisprudencias que hubieren sido desconocidas en la sentencia suplicada, proferida por una Sección, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ejerce esa función unificadora y para ello, con ese único fin, analiza si la sentencia suplicada en verdad acoge doctrina contraria a la de la Corporación.

Si encuentra esa contrariedad tiene dos posibilidades: infirmar el fallo recurrido y proferir sentencia de instancia, haciendo el análisis de las normas invocadas por el demandante, siguiendo el criterio sentado por ella en anteriores interpretaciones, o modificar su propia jurisprudencia por estimar que es mas acertada la nueva interpretación que de la ley hizo la Sección.

En ninguno de los dos casos la jurisprudencia se convierte en fuente de derechos; es simplemente un factor auxiliar. Ni tampoco se vuelve obligatoria, porque la Sala Plena bien puede acoger, como ya se dijo, la jurisprudencia de la Sección, prohijarla, legitimando así el cambio.

Considero que ni antes ni después de la Constitución de 1991 le ha sido permitido al juez adoptar decisiones que carezcan de sustento en normas positivas de derecho. Pero sí puede al juzgar, interpretar esas normas para su correcta aplicación. Esa interpretación varía según la complejidad de la norma y el juez que la aplica. Por eso, tratándose de una Corporación dividida en Salas o Secciones, a fin de evitar sentencias contradictorias, ha previsto la ley que la totalidad de sus integrantes con poder para adoptar decisiones jurisdiccionales, resuelvan cuál es el criterio que debe adoptarse en la interpretación de una norma, sin que ello implique que la Sala Plena quede atada a él.

Tampoco las secciones porque pueden cambiar su propia jurisprudencia cuando quieran y provocar el cambio de la Corporación llevando el asunto al conocimiento de la Sala Plena como lo prevé el numeral 6 del artículo 97 del C.C.A. Si no lo llevan lo hacen los recurrentes en súplica extraordinaria. En ello no encuentro violación del artículo 230 de la Carta.

Por tanto, en mi modesta opinión lo decidido en el auto del cual me aparto, implica desconocimiento infundado del artículo 130 del C.C.A., al dejar de aplicarlo por vía de excepción, sin ser contrario a norma constitucional alguna.

Clara Forero de Castro.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Requisitos

Una racional interpretación del artículo 184 de la C.N. lleva a la conclusión de que la solicitud a que se refiere, no debe ni puede tener los mismos requisitos que el C.C.A. exige en el artículo 137. No exige la norma constitucional, ni que la solicitud tenga los rigorismos de una demanda ordinaria, ni que la solicitud deba presentarse por personas distintas a los ciudadanos o a las Mesas Directivas de la Cámara, ni que el solicitante deba hacer consideraciones jurídicas con invocación de las normas violadas. En el caso presente, la solicitud está contenida en un documento público suscrito por el Presidente y el Secretario del Senado, que contiene la estampación de los sellos oficiales respectivos y que la Corporación está en la obligación de presumir de auténtico.

PLEITO PENDIENTE-Inexistencia/**PERDIDA DE LA INVESTIDURA/ JUICIO ELECTORAL**-Diferencias

El juicio que se adelanta para decretar la pérdida de la investidura de un congresista y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección, aunque se refieran a una misma persona, no son idénticos. La pérdida de la investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del congresista que lo priva de esa condición que alguna vez fue poseída por él; al paso que, el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de congresista son legítimas o, sí por el contrario, en el caso de que existan motivos para su anulación, son ilegítimas. No puede tener

prosperidad la excepción de pleito pendiente, máxime que las partes que actúan en los dos procesos son igualmente diferentes.

RENUNCIA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA

No es cierto que la renuncia presentada al cargo de Senador y aceptada por el Senado, tenga la virtualidad de inhibir el proceso sancionatorio que debe concluir con una decisión que puede ser condenatoria o absolutoria. No está, ni puede estar en manos del Congresista que se juzga, inhibir este proceso con la simple dejación voluntaria del cargo ya que la sanción determinada por la Constitución puede tener efecto y cumplimiento por anotación en la hoja de vida, en forma similar a lo que acontece en el régimen común sancionatorio de los funcionarios públicos, en el cual la sanción de destitución es aplicable aún a aquellos que ya no permanecen en cargo al momento de su imposición. De otra parte hay que tener en cuenta que la sanción de pérdida de la investidura no puede asimilarse en sus efectos a la renuncia, puesto que aquella inhabilita a quien sufre, para ejercer el cargo de congresista.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Conforme al principio jurídico de que donde hay juez hay procedimiento, sería inconcebible la existencia de la autoridad judicial, con la competencia pero sin los instrumentos procesales para desarrollarla. Cuando menos, el juez ha sido dotado de un procedimiento común u ordinario, que es el aplicable a los asuntos de su competencia cuando la ley no les haya señalado específica y expresamente uno especial.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Naturaleza/CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/ SUPREMACIA CONSTITUCIONAL/NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo Legal

La decretación de la pérdida de la investidura de congresista es un acto de naturaleza jurisdiccional que debe cumplirse luego de que se surta un proceso de la misma naturaleza. Tratándose de un asunto de esta naturaleza es obvio que la competencia, que la Constitución radica en el Consejo de Estado, debe ser atribuída a la Sala de lo Contencioso Administrativo y al no existir asignación legal o del reglamento a una de las Secciones que la integran, el asunto debe ser conocido en Sala Plena. La Sala da primacía a la norma constitucional, la cual no exige, como parecería exigirlo la ley, ningún requisito de procedibilidad de la acción y mucho menos, que la

calificación de esa procedibilidad, que se hace radicar en el Congreso, sea un presupuesto que el Consejo de Estado deba tener en cuenta para adelantar el trámite de las solicitudes que a este respecto se le formulen.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales/**SENTENCIA PENAL/ CONGRESISTA**-Inhabilidades

Está demostrado que el Doctor Escrucería fue condenado mediante sentencia que se encuentra ejecutoriada por un delito que implica pena privativa de la libertad y que no tiene el carácter de delito político ni de delito culposo, con lo cual quedó incurso en la causal primera de inhabilidad descrita en el artículo 179 de la Carta, lo que a su turno se estructura como causal para la pérdida de la investidura de Congresista.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Guillermo Chahín Lizcano*

Ref: Expediente AC-175. Actor : Carlos Espinosa Faccio Lince. Presidente H. Senado de la República. Solicitud de pérdida de la investidura de Senador del doctor SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI. FALLO.

Procede la Sala a resolver definitivamente sobre la solicitud de pérdida de la investidura de Senador del Doctor Samuel Alberto Escrucería Manzi formulada por el Doctor Carlos Espinosa Faccio Lince en su condición de Presidente del H. Senado de la República mediante oficio No. 2643 de junio 8 de 1992, suscrito también por el Secretario General de esa Corporación, Doctor Gabriel Gutiérrez Macías,. documento que obra a folio 1 del cuaderno principal

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de junio de 1992, el Presidente del Senado dirigió al Presidente del Consejo de Estado el oficio No. 2643 cuyo texto es el siguiente:

"Con fundamento en el artículo 184 de la Constitución Política, me permito muy respetuosamente, remitirle para los trámites de rigor fotocopia autenticada de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia del veintiocho (28) de abril de

1992 con relación al caso del Senador SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI.

"Agradezco a Usted se sirva mantenerme informado sobre los pronunciamientos que al respecto emita esa H. Corporación".

El asunto fue repartido por el Presidente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y el Magistrado Ponente profirió auto admisorio de la demanda, visible a folios 47 a 52 del expediente.

El Senador Escrucería Manzi constituyó apoderado y por conducto suyo contestó la demanda mediante memorial en el cual, además, solicita pruebas, propone excepciones y plantea petición para que se declaren unas nulidades procesales.

Mediante auto de 9 de julio de 1992 el Magistrado Conductor del proceso dispuso reconocer al apoderado previamente constituído, dar por contestada la demanda, tener como pruebas los documentos obrantes en el expediente, decretar algunas de las solicitadas por la parte demandada y abstenerse de decretar otras porque los documentos a los que se referían ya obraban en el expediente. Dispuso además, que las excepciones propuestas en la contestación de la demanda se decidirían en la sentencia y ordenó dar traslado a las partes para tramitar la solicitud de nulidad.

El traslado para el trámite de las nulidades procesales alegadas transcurrió sin actividad alguna de las partes y mediante auto de 6 de agosto de 1992 fue decidida la solicitud de nulidad en forma adversa al peticionario. Sobre dicho auto visible a folios 6 a 8 del cuaderno No. 2 no se ejercitó ningún recurso.

Recaudadas las pruebas que fueron decretadas, con fecha 14 de agosto de 1992 se ordenó correr traslado a las partes para la presentación de los alegatos de conclusión. El término del traslado se cumplió y el expediente ingresó al Despacho del Magistrado Ponente para elaboración del proyecto de fallo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

a) Alegato de la parte demanda.

El apoderado del doctor Escrucería Manzi concurrió a esta etapa del proceso para alegar de conclusión y en memorial en que reproduce textualmente amplios apartes del que fue presentado para contestar la demanda, entre ellos el correspondiente al capítulo de petición de pruebas, se refiere al oficio del Presidente del Senado, esboza algunas razones para la defensa de su representado, propone en idénticos términos las excepciones que ya había

propuesto en la etapa procesal oportuna, formula nuevamente solicitud de nulidad procesal y culmina pidiendo que se denieguen todas las peticiones del oficio del señor Presidente del Senado de la República.

El memorialista expresa como razones de la defensa que el doctor Escrucería fue elegido el 27 de octubre de 1991 como Senador de la República para el período comprendido entre el 1o. de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994 y que tomó posesión de su cargo de Congresista el 1o. de diciembre de 1991. Relata que su mandante fue penalmente investigado y en virtud de sentencia de primera instancia del 23 de marzo de 1988 del Juzgado 2o. Penal del Circuito de Pasto fue condenado. Que apelada esta sentencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó por fallo de octubre 4 de 1988 y que recurrida ésta última en casación ante la Corte Suprema de Justicia, al ser desechado éste recurso, quedó ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, el 14 de mayo de 1992.

Dice que el doctor Hugo Escobar Sierra demandó ante la Sección Quinta del Consejo de Estado, en juicio electoral, el acto que declaró elegido al doctor Escrucería como Senador de la República y que éste proceso se adelanta bajo la radicación 633. Que este pleito está pendiente de decisión.

Expone que por iniciativa del Senador Enrique Gómez Hurtado, el Honorable Senado de la República adelantó un debate que fue público, en el que se acusó al Senador Escrucería Delgado (sic) de estar condenado penalmente y que por tanto debía ser expulsado de la alta Corporación Legislativa. Esta petición no prosperó por cuanto la sentencia condenatoria no estaba ejecutoriada. Narra que por cuanto la acción electoral de nulidad procede por la causal 1a. del artículo 179 de la Carta Política contra quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, se pretendió demandar al Senador Escrucería para que se le decretara la pérdida de su investidura pero el Consejo de Estado ha venido declarándose inhibido por falta de la ley que exige el artículo 184 de la Carta.

Manifiesta que la inhabilidad prevista en el artículo 179 numeral 1 de la Constitución es una auténtica inelegibilidad por lo que dicha causal debe estar configurada en el momento de la elección y no después de ella y que el doctor Escrucería el día en que fue elegido Senador (27 de octubre de 1991) no estaba inhabilitado por cuanto la sentencia condenatoria que lo afectó no se encontraba ejecutoriada.

Expone el apoderado que la nueva acción de pérdida de la investidura es inaplicable por cuanto el Congreso Nacional no ha expedido la Ley que reglamente los artículos 183 y 184 de la Carta y porque no se ha señalado el procedimiento para resolverla en el término de 20 días. Critica el auto del

ponente de 15 de junio de 1992, por medio del cual se dio trámite al proceso, por considerarlo contrario a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En cuanto a las excepciones propuestas, formula cuatro que denomina como "indebida representación del demandante", "ineptitud de la demanda", "pleito pendiente", e "inexistencia de la investidura cuya pérdida se reclama".

La primera de las excepciones nombradas se hace consistir en que el firmante del oficio 2643 de fecha junio 8 de 1992 no acompañó documento que demostrara que el suscriptor del mismo, doctor Carlos Espinosa Faccio Lince, es realmente el Presidente del Senado de la República de Colombia y que el auto que ordenó la iniciación del proceso calificó como demanda dicho escrito sin que se hubiera exigido la presentación personal por su signatario, lo que conduce a la ilegitimidad de la personería adjetiva del demandante o indebida representación del mismo.

La excepción de inepta demanda, la radica el libelista en el hecho de que el oficio del Presidente del Senado no reúne ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo puesto que "ese escrito brevísimo de diez (10) renglones asimilado a "demanda", ni siquiera expresa que es lo que pide ni menciona normas legales violadas, ni dice el concepto que de la violación tiene el demandante, por lo cual se ha procedido muy a la ligera siendo que el firmante del escrito no lo presentó personalmente como así -además- lo exigía el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, hay exceso de "liberalidad" en el auto de fecha 15 de junio pasado cuando reconoce el (sic) escrito de marras del señor Presidente del H. Senado el carácter de "demanda"" (fl. 99).

El pleito pendiente al que se refieren el alegato y la contestación de la demanda se contrae a que con el mismo fundamento se demandó al Senador Escrucería ante la Sección Quinta del Consejo de Estado con el propósito de obtener la nulidad de su elección como Senador de la República y que por unos mismos hechos y con el mismo fundamento no puede demandarse más de una vez a una misma persona.

Finalmente la denominada excepción perentoria de inexistencia de la investidura cuya pérdida se reclama, se hace consistir en que la investidura de Senador que se le atribuye al doctor Escrucería no existe porque él la renunció y le fue aceptada la renuncia y hay ya en su reemplazo otro ciudadano como Senador de la República. No se puede anular un acto que ya no existe jurídicamente y hay sustracción absoluta de materia para demandar.

Plantea nuevamente el memorialista una solicitud de nulidad procesal con base en que el procedimiento seguido lesiona el debido proceso y que el término para proferir la sentencia correspondiente venció desde el día 8 de

julio de 1992 y por lo tanto el término constitucional de 20 días está en exceso violado y vencido, lo cual genera una nulidad de carácter constitucional.

Finaliza el escrito de alegato de conclusión, el señor apoderado del demandado, haciendo mención al hecho de que en oportunidades anteriores el Consejo de Estado por la Sala Unitaria del Consejero Miguel González Rodríguez se declaró inhibido para conocer de la acción del artículo 184 de la Carta mientras el legislador no expidiera la ley que señalara el procedimiento.

Recalca sobre el hecho de que está plenamente demostrado en el expediente que el doctor Escrucería había perdido su calidad de Senador por haber presentado renuncia formal a esa investidura, la cual había sido aceptada. Que al no ostentar la investidura Senatorial no es del caso decretársela "pues no se puede perder lo que no se tiene ni se disfruta".

b) Alegato del Ministerio Público.

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso Administrativo, doctora María Eugenia Samper Rodríguez, presentó alegato de conclusión mediante el cual expone:

Que al estudiar el negocio encuentra que se presenta un escollo relativo a la ausencia de Ley que reglamente el procedimiento a seguir para decretar la pérdida de investidura de un congresista. Dice que en verdad, mientras el Congreso de la República no profiera el respectivo ordenamiento legal a que se refiere el artículo 184 de la Carta, el Consejo de Estado no podría conocer de asuntos como el presente. Apoya su aserto con cita de sendos autos proferidos por los Consejeros Miguel González Rodríguez y Libardo Rodríguez en los que se sostiene dicha inhibición.

Que no obstante lo anterior y en consideración a que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades y a que la Administración de Justicia en sus decisiones debe darle prevalencia al derecho sustancial, procede a alegar de conclusión de acuerdo a lo que en adelante sintetiza la Sala:

Las excepciones propuestas son analizadas una a una para concluir que a ninguna de las planteadas debe dársele prosperidad así:

a) Sobre la indebida representación del demandante considera, que como la solicitud para obtener la desinvestidura de un Congresista puede ser formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano, la omisión de identificar a la parte demandante no produciría mayores consecuencias pues en el peor de los casos no podría desconocérsele al doctor Espinosa Faccio Lince su condición de ciudadano colombiano. Y en cuanto a la falta de presentación personal, argumenta que como no se está

en frente a una demanda de las reguladas por el artículo 137 del C.C.A., por cuanto esta controversia no se refiere a ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 83 del mismo ordenamiento jurídico, ello no constituiría obstáculo alguno para decidir de fondo el asunto, pues la acción que se tramita puede iniciarse mediante una simple solicitud como lo dispone el artículo 184 de la Constitución.

b) Con respecto a la excepción de inepta demanda aduce que el precepto constitucional que consagra la acción relativa a la pérdida de la investidura de un Congresista no habla de demanda sino de solicitud y que por tanto no es apropiado darle aplicación al artículo 137 del C.C.A.. Que por lo demás, es claro que del texto del oficio del Presidente del Senado se deduce claramente que la sentencia condenatoria de la Corte que se acompaña tiene por objeto que se adelante el trámite previsto en el artículo 184 de la Constitución.

c) Respecto del pleito pendiente, la distinguida Procuradora Delegada, con cita de diversos tratadistas, concluye que no se da, por cuanto, "si bien es cierto podría pensarse en principio que es la misma parte la que actúa en el presente proceso y en el negocio radicado bajo el número 633 que cursa en la Sección Quinta de la Corporación, uno como otro persiguen objetivos totalmente diferentes: mientras el primero busca la desinvestidura de un Congresista el segundo pretende la nulidad de la elección de aquel. A simple vista se advierte que tanto la primera situación descrita hace referencia al ámbito disciplinario, en forma más estrecha vinculada a la conducta del respectivo funcionario, la segunda se refiere a aspectos relacionados con el sistema democrático mediante el cual, a través del voto se designa a los elegidos." (Fl. 120-121). Agrega a éste respecto que en esas condiciones no se establecen los presupuestos básicos para que se configure la excepción de pleito pendiente.

d) Con relación a la inexistencia de la investidura cuya pérdida se reclama, manifiesta el Ministerio Público que no existe sustracción de materia por haberse presentado la renuncia del cargo de Senador de la República ya que el acto de desinvestidura genera por sí mismo consecuencias específicas totalmente diferentes a las que puede producir la dimisión de un empleo. Señala que mientras la renuncia del cargo no constituye inhabilidad para ser elegido Congresista, la pérdida de la investidura es causal que imposibilita llegar a ocupar nuevamente esa posición y que, la dejación voluntaria del cargo, efectuada por el Senador Escrucería no hace inane el pronunciamiento que emita el Consejo de Estado por cuanto "desde la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia hasta el día en que renunció del cargo de Congresista detentó tal calidad, razón por la cual, sobre la base de que la norma precitada faculta para declarar la pérdida de la investidura en cualquier tiempo, es necesario un pronunciamiento al respecto." (FL. 122 y 123).

En cuanto a los aspectos de fondo, luego de estimar que ninguna de las excepciones debe tener prosperidad, estima la señora Procuradora Delegada que sí se configuran los supuestos para que sea viable decretar la pérdida de la investidura de Senador del doctor Escrucería Manzi. Expresa que estudiado el contingente documental que obra en el expediente se dan las circunstancias de hecho y de derecho previstas en la norma constitucional para que se produzca la pérdida de la investidura la cual procede no obstante haberse retirado como Senador el 17 de junio de 1992, en razón de que conforme a lo señalado en el numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución, la causal a que hace referencia el numeral 1o. de la norma citada tiene operancia en cualquier época, por lo que resultaría procedente declararla a partir del 14 de mayo de 1992, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA.

Dado que al contestarse la demanda se propusieron excepciones, es pertinente analizarlas previamente para determinar acerca de su prosperidad.

a) Excepción de indebida representación del demandante.

La Sala Unitaria tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los hechos en que se hace consistir la excepción de indebida representación del demandante al denegar la solicitud de que se declarara la nulidad procesal que por ésta misma razón se planteó, bajo la denominación de nulidad, con fundamento en la causal 7a. del artículo 140 del C.P.C. Dicha nulidad fue denegada y sobre el auto que tomó tal determinación no se propuso recurso alguno. Allí se dijo que el hecho aducido por la parte demandada como configurativo de la causal de indebida representación, no encajaba dentro de la causal 7a. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil "y que sí en gracia de discusión encajara, sólo sería alegable, al tenor del artículo 143 del C.P.C. por la persona afectada, esto es por el indebidamente representado" (fl. 8 cuad. 2). Estas razones son igualmente válidas para negar la prosperidad de la excepción propuesta, mucho más si se tienen en cuenta los ponderados razonamientos del alegato del Ministerio Público acerca del carácter que la norma constitucional le otorga a la petición para la pérdida de la investidura de los Congresistas, la cual es una simple solicitud que puede ser formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

De otra parte no puede desconocerse que el oficio que obra a folio 1 del expediente, suscrito por el doctor Carlos Espinosa Faccio Lince, invocando su calidad de Presidente del Senado de la República, que lleva la firma del Secretario General de la misma Corporación y que ostenta los correspondientes sellos oficiales de Presidencia y Secretaría, es un documento público que debe presumirse auténtico.

b) La excepción de ineptitud de la demanda.

Tampoco tendrá prosperidad esta excepción, habida cuenta de que una racional interpretación del artículo 184 de la Constitución lleva a la conclusión de que la solicitud a la que se refiere, no debe, ni puede tener los mismos requisitos que el Código Contencioso Administrativo exige en el artículo 137. Estas exigencias son valederas para los procesos que se adelantan ante el Consejo de Estado en relación con los procesos que corresponden al ámbito de su control ordinario, señalado en el artículo 83 ibídem y eso, realizando las debidas adaptaciones que sean adecuadas a la naturaleza propia de la acción que se ejercita. No es de recibo para la Sala la afirmación de que por tratarse de un "lacónico" oficio, deba la solicitud que origina este juicio ser rechazada, pues ella cumple con los requisitos que la Constitución exige, a saber: Se dirige al Consejo de Estado en su condición de Presidente del Senado el Senador Carlos Espinosa Faccio Lince para remitirle copia auténtica de la sentencia condenatoria ejecutoriada proferida contra el Senador Escrucería Manzi y lo hace para que esta Corporación aplique, según es su competencia el artículo 184 de la Constitución. No exige nada más este artículo de la Carta ni que la solicitud tenga los rigorismos de una demanda ordinaria, ni que la solicitud deba presentarse por personas distintas a los ciudadanos o a las Mesas Directivas de las Cámaras, ni que el solicitante deba hacer consideraciones jurídicas con invocación de las normas violadas. En el caso presente como se dijo, la solicitud está contenida en un documento público suscrito por el Presidente y el Secretario del Senado, que contiene la estampación de los sellos oficiales respectivos y que la Corporación está en la obligación de presumir auténtico.

c) La excepción de pleito pendiente.

Se hace consistir esta excepción en que por demanda entablada ante la Sección Quinta del Consejo de Estado, por el doctor Hugo Escobar Sierra se pretende la nulidad parcial los artículos 1o. y 2o. de la Resolución 121 de 1991 del Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró electo y expidió la credencial como Senador de la República al doctor Samuel Alberto Escrucería Manzi. Este pleito radicado bajo el No. 633, no ha sido fallado.

La Sala considera, en acuerdo con la distinguida Procuradora Delegada, que no son, el juicio que se adelanta para decretar la pérdida de la investidura de un congresista - con fundamento en el artículo 184 de la Carta- y el juicio electoral que pretende la nulidad de su elección - aunque se refieran a una misma persona- juicios idénticos, fundados en los mismos hechos y con igualdad de causa. En efecto, la pérdida de la investidura implica en el fondo una sanción por conductas asumidas por la persona del Congresista que lo priva de esa condición que alguna vez fue poseída por él; al paso que, el juicio electoral lo que pretende es definir si la elección y la condición de Congresista son legítimas o, si por el contrario, en el caso de que existan

motivos para su anulación, son ilegítimas. Quiere decir lo anterior que en el primer caso, lo que se juzga es la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa; cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración, a veces implícita, de no estar incurso en causal de inhabilidad que impida su elección; si tal declaración no resulta cierta, el elegido, en este caso el Congresista, viola dicho pacto político, caso en el cual procede, por mandato de la Constitución, la pérdida de la investidura cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política, sin perjuicio de las consecuencias personales que el decreto de la medida acarrea de conformidad con el artículo 179, numeral 4 de la Constitución Política. En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición y si éstos se declaran nulos, ello equivale a que nunca se tuvo acceso legítimamente a la referida investidura.

Es claro, entonces, para la Sala que no puede tener prosperidad la excepción de pleito pendiente, máxime que las partes que actúan en los dos procesos son igualmente diferentes: en el uno, el electoral, un ciudadano actúa como demandante en ejercicio de un derecho político, en función de la guarda de la integridad del orden jurídico; en el otro, el que ahora se falla, el Presidente y el Secretario del Senado, actúan en cumplimiento de un deber que les impone la propia Constitución.

d) La excepción de sustracción de materia.

Con respecto a la excepción que se plantea como "inexistencia de la investidura cuya pérdida se reclama", basta a la Sala para declararla imprόspera decir que no es cierto que la renuncia presentada al cargo de Senador y aceptada por el Senado, tenga la virtualidad de inhibir el proceso sancionatorio que debe concluir con una decisión que puede ser condenatoria o absolutoria. No está, ni puede estar en manos del Congresista que se juzga, inhibir este proceso con la simple dejación voluntaria del cargo ya que la sanción determinada por la Constitución puede tener efecto y cumplimiento por anotación en la hoja de vida, en forma similar a lo que acontece en el régimen común sancionatorio de los funcionarios públicos, en el cual la sanción de destitución es aplicable aún a aquellos que ya no permanecen en el cargo al momento de su imposición.

De otra parte, hay que tener en cuenta que la sanción de pérdida de la investidura no puede asimilarse en sus efectos a la renuncia, puesto que según el mandato constitucional aquella inhabilita a quien la sufre, a voces del artículo 179 numeral 4o. para ejercer el cargo de congresista.

Resueltas en los términos que se dejan expuestos las excepciones propuestas por la parte demandada y antes de entrar a decidir en el fondo, se ocupará la Sala en sentar su criterio acerca de su competencia y la legalidad

del procedimiento que se ha seguido para darle curso a la solicituid de la Presidencia del Senado de la República. Considera la Corporación que ello es conveniente, habida cuenta de que el señor apoderado del demandado, en su alegato de conclusión, insiste en calificar esta actuación como nula por ser violatoria del debido proceso establecido por el artículo 29 de la Carta y porque además el término establecido en la Constitución como "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud" venció desde el día 8 de julio de 1992 y por tanto se está vulnerando el término improrrogable fijado por el Constituyente Colombiano para proferir la sentencia. Aunque el señor apoderado que esto afirma había planteado las mismas objeciones jurídicas al procedimiento en su escrito de contestación de la demanda a título de nulidades procesales y aunque dichas nulidades fueron denegadas mediante auto de 6 de agosto de 1922 (fol. 6 cuad. # 2) sin que se hubiera interpuesto recurso alguno, causándose su ejecutoria, la Sala Plena estima pertinente rememorar y hacer suyas las razones que se expusieron en dicho auto:

> "En efecto con relación a la causal 4a. del artículo 140 del C.P.C. alegada, se tiene que ella no se presenta en este caso por cuanto como ya se dejó dicho desde el auto admisorio de la demanda, ésta se debe tramitar siguiendo el procedimiento ordinario en ausencia de un procedimiento especial señalado por la ley. La causal 4a. referida, expresa que hay nulidad "cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que le corresponde" y para que ella se produzca es menester entonces, que exista una disposición legal que le determine a esa demanda un procedimiento concreto por el cual debe tramitarse y que el juez le haya dado curso siguiendo un procedimiento diferente al legalmente señalado. No es, por supuesto, este el caso que se analiza ya que ninguna norma legal o constitucional ha establecido que el juicio para la pérdida de la investidura de los Congresistas deba adelantarse bajo un procedimiento específico y el que se ordenó que debía seguirse por el juez, no fue escogido como producto del capricho o del error, sino que obedece al mandato legal contenido en el artículo 206 del C.C.A. que precisa y claramente determina, tanto en su versión original del decreto 01 de 1984, como en las reformas que a el le introdujo el artículo 45 del decreto 2304 de 1989, que en los procesos ante el Consejo de Estado para los cuales la ley no ha señalado un trámite especial se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario". (folio 7 cuaderno 2).

Agrega la Sala que esta solución, que como se vió, tiene respaldo en la ley procesal contencioso administrativa, no es otra cosa que aplicación del principio jurídico de que donde hay juez hay procedimiento, porque sería inconcebible la existencia de la autoridad judicial, con la competencia pero sin los instrumentos procesales para desarrollarla. Cuando menos, el juez ha sido dotado de un procedimiento común u ordinario, que es el aplicable a los

asuntos de su competencia cuando la ley no les haya señalado específica y expresamente, uno especial.

Así mismo estima la Sala saludable aclarar que el hecho de que el proceso no haya podido culminarse dentro del término de veinte días, previsto en el artículo 184 de la Constitución, en manera alguna puede significar que el Consejo de Estado haya perdido la competencia para emitir el fallo correspondiente como lo afirma el señor memorialista. Sobre dicho particular también existe pronunciamiento en el expediente, puesto que al admitirse la demanda, expresamente se dijo en el auto de 15 de junio de 1992:

> "Observa finalmente, la Sala Unitaria, que aunque puede parecer a simple vista improbable el que todas las etapas del juicio ordinario se puedan realizar dentro del término de veinte días a que se refiere la norma constitucional, ello no es motivo para concluir que el juicio no pueda adelantarse. En efecto, la doctrina procesal enseña de manera unánime, que el incumplimiento de los términos que se conceden al juez para proferir sus providencias, puede generar a quien los incumple injustificadamente, situaciones de responsabilidad personal; mas ninguna consecuencia acarrea con relación a la providencia que deba dictarse o se haya dictado por fuera del plazo señalado. En otras palabras, que si el juez no produce la providencia dentro del término establecido, podrá decirse que existe mora, justificada o injustificada, pero no que haya perdido la competencia para expedirla o que si la ha expedido ésta quede viciada de nulidad." (fl. 50 a 51 cuaderno # 1).

También se estima pertinente precisar de manera previa algunos aspectos de tipo procesal, especialmente relacionados con la naturaleza del juicio de pérdida de investidura y con la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y con la incidencia que sobre ellos haya podido tener la expedición de la ley 5a. de 1992 y a ello se procede:

a) *Sobre la naturaleza del juicio de pérdida de la investidura.* No cabe duda para la Sala, por los términos en que está redactado el artículo 184 de la Constitución, que la decretación de la pérdida de la investidura de Congresista es un acto de naturaleza jurisdiccional que debe cumplirse luego de que se surta un proceso de la misma naturaleza, que se inicia a solicitud de cualquier ciudadano o de la Mesa Directiva de la Cámara a la que corresponda el Congresista afectado. No se le atribuyó al Consejo de Estado por la norma constitucional referida una función consultiva de simple naturaleza administrativa, o en fin, de naturaleza meramente disciplinaria, sino una función jurisdiccional de estirpe constitucional que debe ser ejercida de conformidad con las reglas que rigen el desarrollo de tales funciones, las que están contenidas en el Código Contencioso Administrativo y en los reglamentos internos del Consejo de Estado.

Pero si quedara alguna duda, esta vino a ser despejada por el legislador al expedirse la ley 5a. de 1992, la cual al referirse al tema de la pérdida de la investidura, en el artículo 304 expresamente habló, reproduciendo el artículo 184 de la Carta, de que ella requiere "declaración judicial" decretada por el Consejo de Estado, de donde se colige que la materia de esta controversia es esencialmente jurisdiccional.

b) *Sobre la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.* Tratándose de un asunto de naturaleza jurisdiccional es obvio que la competencia, que la Constitución radica en el Consejo de Estado, debe ser atribuída a la Sala de lo Contencioso Administrativo y al no existir asignación legal o del reglamento a una de las Secciones que la integran, el asunto debe ser conocido en Sala Plena, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 97 del C.C.A. que en su numeral 3o. establece que es función de dicha Sala Plena "Conocer de todos los procesos de competencia del Consejo de Estado que no estén asignados a las secciones".

En el anterior sentido ejercita la Sala la atribución de competencia que le hace la Constitución en su artículo 184 al Consejo de Estado y que también aparece reflejada en los artículos 296 a 304 de la ley 5a. de 1992 cuando en algunos de ellos se menciona esta competencia como del "Consejo de Estado en Pleno".

La interpretación que hace radicar la competencia en la Sala Plena del Consejo de Estado peca de ser contraria a lo dispuesto por el artículo 236 de la Carta, en cuanto establece que "el Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley", ya que pondría a intervenir en un asunto de naturaleza jurisdiccional a unos Magistrados, los de la Sala de Consulta, que no cumplen, ni pueden cumplir funciones de esta naturaleza.

c) *La Ley 5a. de 1992 y la pérdida de la investidura.* Aunque el trámite del presente proceso se inició con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 5a. de 1992 (18 de junio) y en consecuencia, no podría predicarse que la solicitud formulada el 8 de junio de 1992 adolece de algunas fallas en frente de la regulación que sobre el tema trajo la referida ley en sus artículos 296 a 304, debe la Sala precisar también que le da primacía, como es su obligación, a la norma constitucional, la cual no exige, como parecería exigirlo la ley, ningún requisito de procedibilidad de la acción y mucho menos, que la calificación de esa procedibilidad, que se hace radicar en el Congreso, sea un presupuesto que el Consejo de Estado deba tener en cuenta para adelantar el trámite de las solicitudes que a este respecto se le formulen. La Constitución, sólo exige para que la competencia del Consejo de Estado se active, que cualquier ciudadano o la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, formule solicitud para que se decrete la pérdida de la investidura de un Congresista acusándolo de estar incurso en alguna de las cinco causales mencionadas en

el artículo 183 de la Constitución. La admisión de los medios de prueba y la apreciación que de estos haga el juez, para determinar si en efecto, el Congresista acusado incurrió en los hechos que la Carta prevé como determinantes de la pérdida de la investidura, constituyen la médula del proceso y se gobiernan por sus instrumentos procesales propios y por el principio del derecho universal de la independencia del juez, en buena hora consagrado como norma constitucional en el artículo 228. No pueden ser pues, las calificaciones previas, judicial o congresional, a que se refieren los artículos 297 y 298 de la ley en cita, requisitos de procedibilidad de la acción, sino medios de prueba de los hechos que configuran la causal constitucional para la pérdida de la investidura, con la aclaración de que en casos diferentes a los que requieran para su configuración sentencia judicial, no pueden considerarse, como parecería sugerirlo la ley, como medio único de prueba.

Con relación al aspecto de fondo de esta litis, observa la Sala que en el expediente, a folios 7 a 42, obra copia auténtica de la sentencia de abril 28 de 1992, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, relativa al asunto en el cual era parte acusada el señor Samuel Alberto Escrucería Manzi.

Igualmente observa que a folio 43 es visible la certificación expedida por el Secretario de la mencionada Sala de Casación Penal cuyo texto es el siguiente:

> "Que la sentencia de la Corte (cuyas copias auténticas se adjuntan) de fecha 28 de abril de 1992 (28-IV-92) que desechó el recurso de Casación en el proceso contra Yezid Castelbondo (sic) Sarmiento, Samuel Alberto Escrucería Manzi y otros por el delito de peculado, *se encuentra debidamente ejecutoriada.* Bogotá, 24 de mayo de 1992. (fdo.)Rafael Cortés Garnica Secretario." (Las subrayas son del texto).

De otra parte, que en el memorial de contestación de la demanda y en el de alegato de conclusión, según se dejó dicho en el capítulo de antecedentes de esta providencia, el apoderado del doctor Escrucería relata y acepta que:

> "Por hechos supuestamente sucedidos entre finales del mes de julio y septiembre de 1978, consistentes en unos sobregiros consentidos por el Gerente de la Caja Agraria en Tumaco, mi mandante fue penalmente investigado y en virtud de sentencia de primera instancia dictada el día 23 de marzo de 1988 por el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE PASTO (Dpto. de Nariño) fue condenado, entre otras personas, a una pena de prisión de 23 meses, como supuesto cómplice del delito de peculado por apropiación, y además a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena principal, habiéndosele concedido el beneficio de libertad condicional mediante el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional,

por reunir los requisitos de que trata el artículo 68 del Código Penal, señalándose en el fallo citado un período de prueba de dos años.

"2-3) Apelada ésta sentencia de primera instancia, el H. Tribunal Superior del Distrito judicial de PASTO por medio de su Sala Penal y por fallo fechado el día 4 de octubre de 1988 confirmó, con algunas reformas y adiciones, la providencia condenatoria de primer grado. Sinembargo, contra ésta decisión de segunda instancia se interpuso por varios de los encartados el recurso de casación, que fue concedido por el H. Tribunal, para ante la Sala de Casación Penal de la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, la cual mediante su sentencia de fecha 28 de abril de 1992 desechó el RECURSO DE CASACION, habiendo quedado ejecutoriada la sentencia de segunda instancia solamente a partir del día 14 de mayo de 1992." (Fl. 62).

Las anteriores referencias documentales constituyen suficiente acervo probatorio para concluir que está plenamente demostrado que el doctor Samuel Alberto Escrucería Manzi fue condenado mediante sentencia que se encuentra ejecutoriada por un delito que implica pena privativa de la libertad y que no tiene el carácter de delito político ni de delito culposo, con lo cual quedó incurso en la causal 1a. de inhabilidad descrita en el artículo 179 de la Carta, la que a su turno se estructura como causal para la pérdida de la investidura de Congresista a voces del numeral 1o. del artículo 184 ibídem.

En estas condiciones, es claro para la Sala que a partir del 14 de mayo de 1992, fecha en que causó ejecutoria la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Escrucería Manzi quedó afectado por la causal de inhabilidad antes mencionada, lo cual lo hace merecedor a la pérdida de la investidura, la que será decretada por esta Corporación con fundamento en lo dispuesto por el artículo 184 de la Constitución Política y las pruebas que obran en el expediente.

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

FALLA :

NO PROSPERAN las excepciones propuestas.

DECRETASE la pérdida de su investidura como Senador al doctor SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.906.706 de Tumaco.

Notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente; *Clara Forero de Castro, Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure,* ausente; *Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,* ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/NORMA**

Dada la importancia del asunto, como es la de desposeer a un parlamentario de su investidura de origen popular, el constituyente no quiso limitar la competencia a una de las Salas en que se compone el Consejo de Estado, sino que tal decisión fuera tomada por la Corporación en pleno, que incluye a la Sala de Consulta y Servicio Civil. El constituyente expresamente, condicionó esa competencia a la expedición de una ley especial, ya que la brevedad del término en el cual debe hacer su pronunciamiento al Consejo de Estado, implica que no sea apto para tal fin el procedimiento ordinario regulado por el C.C.A., porque, en los veinte días hábiles que para tramitar y resolver el caso, apenas se estaría cumpliendo con la admisión de la demanda.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No AC-175 Actor : Senado de la República Asuntos Constitucionales.

Las razones que me llevan a separarme de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena Contenciosa, son las siguientes, a saber:

1.- Creo que cuando la Constitución Nacional en el artículo 184, expresa que *"La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley..."* (subrayas fuera del texto) impuso dos condiciones: en primer lugar, una excepción a la regla general en virtud de la cual la Sala Contenciosa se ocupa de resolver los procesos contenciosos de conflictos de intereses y la Sala de Consulta y Servicio Civil, sólo se ocupa de resolver las consultas que les formula el Gobierno Nacional. Esta excepción se justifica por cuanto dada la importancia del asunto, como es la de desposeer a un parlamentario de su investidura de origen popular, el Constituyente no quiso limitar la competencia a una de las Salas en que se compone el Consejo de Estado, sino que tal decisión fuera tomada por la Corporación en pleno, que incluye a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

2.- El segundo motivo que tengo de discrepancia, es que el Constituyente expresamente condicionó esa competencia a la expedición de una ley especial, ya que la brevedad del término en el cual debe hacer su pronunciamiento el Consejo de Estado, implica que no sea apto para tal fin el procedimiento ordinario regulado por el Código Contencioso Administrativo, porque, en los veinte días hábiles que para tramitar y resolver el caso, de la carta, apenas se estaría cumpliendo con la admisión y contestación de la demanda. Lo exiguo del término que prácticamente implica la ausencia de defensa, exige que las pruebas que se presenten en contra del inculpado sean irrebatibles, como es, por ejemplo, una sentencia ejecutoriada. Y esto es materia de la ley que reglamente el punto, la cual no se ha expedido por el Legislador.

Finalmente, quiero agregar que no discuto los fundamentos de hecho de la sentencia, que por lo demás los estimo firmes, sino que mi objeción como queda claro de lo expuesto, se refiere en primer lugar, a la falta de competencia de la Sala Plena Contenciosa para dirimir el caso y el segundo a la falta de un procedimiento especial regulado por la ley que no se ha dictado.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Tramite (Aclaración de Voto)

Para que se pueda adelantar por el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la actuación en orden a tal finalidad u objetivo, es menester que la ley establezca el procedimiento especial correspondiente a la pérdida de la investidura de Congresista, que, por su naturaleza, permita el trámite y decisión dentro del perentorio término de veinte días hábiles previsto en la Constitución Política, lo que no se logra o se puede lograr siguiendo las etapas procesales propias del procedimiento ordinario contencioso-administrativo, ni aún el especial señalado en el Código de la materia para la acción de nulidad de carácter electoral. Además, considero que confirma esa posición jurídica, la circunstancia de que se está en presencia de una figura del derecho público que no se puede asimilar a ningún otro tipo de contención administrativa preexistente a la nueva Carta Política y que, por lo mismo, permitiera la aplicación del procedimiento administrativo ordinario.

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

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente Nº. AC-175 Pérdida de investidura de congresista. Actor : SENADO DE LA REPUBLICA.

Aun cuando comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, de decretar la pérdida de la investidura de Senador de la República del doctor SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, por configurarse la causal invocada, consideré - como lo expresé en la sesión correspondiente - que debía aclarar mi voto, para dejar constancia que sigo pensando, como lo dijera en providencia dictada por la Sala Unitaria a mi cargo, que se invoca por el señor apoderado del Dr. Escrucería, que para que se pudiera adelantar por el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la actuación en orden a tal finalidad u objetivo, es menester que la ley establezca el procedimiento especial correspondiente a la pérdida de la investidura de Congresista, que, por su naturaleza, permita el trámite y decisión dentro del perentorio término de veinte (20) días hábiles previsto en la Constitución Política, lo que no se logra o puede lograr siguiendo las etapas procesales propias del procedimiento ordinario contencioso-administrativo, ni aun el especial señalado en el Código de la materia para la acción de nulidad de carácter electoral.

Además, considero que confirma esa posición jurídica, la circunstancia de que se está en presencia de una nueva figura del derecho público que no se puede asimilar a ningún otro tipo de contención administrativa preexistente a la nueva carta política y que, por lo mismo, permitiera la aplicación del procedimiento contencioso administrativo ordinario, como se hizo en el presente caso, para lograr lo cual hubo que salvar una serie de obstáculos de orden procesal como, por ejemplo, la necesidad del presupuesto de la demanda en forma, y dejar de lado la tramitación y decisión del asunto dentro del plazo o término señalado para ello por el propio Constituyente.

Con el debido respeto,

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA** (Salvamento de Voto)

Es un hecho que la Asamblea Nacional Constituyente pretendía que el Consejo de Estado se pronunciara en forma rápida y definitiva sobre la pérdida de la investidura; por ello, se dejó a la ley la regulación correspondiente para precisar, entre otras cosas, la naturaleza del acto que expida el Consejo de Estado, la competencia, el trámite que debe originarse en una controversia y la diferenciación con la acción electoral. Si se trata de una decisión de carácter judicial, debe existir una controversia que la origine; en consecuencia debe aceptarse un procedimiento anterior que dé lugar a la acción. En el presente caso no se acepta, igualmente, la competencia que asume la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, si se parte de la base de que la Ley 5a. de 1992 establece que el decreto de pérdida de investidura lo dictaría el Consejo de Estado en pleno, sin hacer exclusión alguna.

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

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº.AC-175

Actor : SENADO DE LA REPUBLICA.

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede por las siguientes razones:

El art. 183 de la C.N. estableció que los Congresistas pierden su investidura si incurren en cualquiera de las causales de que trata la norma en cita.

El art. 184, *ibídem*, estableció que "la perdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano".

Salta a la vista que la disposición transcrita necesita de la expedición de la ley a que hace mención el texto mismo del artículo transcrito para que pueda dársele aplicación.

En efecto, del solo texto constitucional no puede deducirse en forma absoluta que el acto mediante el cual el Consejo de Estado decreta la pérdida de la investidura tenga naturaleza judicial pues no se origina en una controversia.

Ahora bien,es un hecho que la Asamblea Nacional Constituyente pretendía que el Consejo de Estado se pronunciara en forma rápida y definitiva sobre la pérdida de la investidura; por ello, se dejó a la ley la regulación correspondiente para precisar, entre otras cosas, la naturaleza del acto que expida el Consejo de Estado, la competencia, el trámite que debe originarse en una controversia y la diferenciación con la acción electoral.

En tales condiciones la solicitud suscrita por el Presidente del H. Senado de la República y el señor Secretario de dicha institución el 8 de junio de 1992 ha debido ser desechada por las razones anotadas.

No obstante lo anterior, la solicitud en cuestión fue recibida y tramitada en la Sala de lo Contencioso Administrativo por el H.Consejero a quien le correspondió en reparto, por el procedimiento ordinario, nada de lo cual era de recibo según lo expresado.

Durante la tramitación del asunto, se promulga la ley 5ª de 1992 (por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el senado y la Cámara de Representantes) y en ella, con respecto de la pérdida de la investidura de los congresistas, se hacen algunas precisiones:

El acto por el cual el Consejo de Estado decreta la pérdida de la investidura es una decisión judicial.

El decreto en cuestión debe expedirlo el Consejo de Estado en pleno.

Se establece un procedimiento interno previo con observancia de las plenas garantías de defensa.

Reitera que la ley establecerá el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura en lo que al Consejo de Estado se refiere.

Como se observa fácilmente en la Ley 5ª de 1992 se habla de una acción pública de pérdida de investidura (art. 304), califica de decisión judicial al decreto de que habla el art. 184 de la C.N. (arts. 297 y 304), atribuye la competencia para decretar la pérdida de la investidura al Consejo de Estado en pleno (arts. 297, 298 y 304), por el procedimiento judicial especial que fijará la ley (art. 304).

De las anteriores disposiciones la Corporación en la providencia que motiva este salvamento, acepta que la decisión tenga carácter judicial, pero no considera que deba existir ningún mecanismo anterior a la solicitud con base en el cual ésta deba ser presentada, ni le parece del caso que la solicitud deba hacerse por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente ni, en fin, que el decreto de pérdida de investidura corresponda expedirlo al Consejo en pleno.

En mi concepto, si se trata de un decisión de carácter judicial, repito, debe existir una controversia que la origine; en consecuencia debe aceptarse un procedimiento anterior que dé lugar a la acción. En el presente caso no se acepta.

El envío de la solicitud por parte de la mesa directiva de la Cámara correspondiente es exigencia constitucional y no legal y en el presente caso no se cumple.

Es dudosa, igualmente, la competencia que asume la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, si se parte de la base de que la ley 5ª de 1992 establece que el decreto de pérdida de investidura lo dictará el Consejo de Estado en pleno, sin hacer exclusión alguna. Se trata de la atribución de una competencia que no puede someterse a interpretaciones como se hace en la providencia que motiva este salvamento.

Por último el procedimiento para los efectos de que trata el art. 184 de la C.N. no ha sido establecido y es claro que el ordinario utilizado no es el adecuado al caso.

En estas condiciones, en mi concepto, aún tramitado como fue el asunto, no podía ser objeto de providencia de mérito por las razones expuestas.

De los señores Consejeros,

Miren De La Lombana de Magyaroff

fecha *ut supra*.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Naturaleza/ **PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Efectos/ **PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Trámite/ **SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/** (Aclaración de voto).

La pérdida de la investidura es, indudablemente, una revocación para el congresista mismo, un dejar sin efecto una decisión del elector, pero no para efectos meramente mediatos, sino de efectos que van más allá, porque repercutirá para siempre. Será algo así como un recorte a la posibilidad de ser elegido en el futuro, y ser elegido en un derecho que dimana de la ciudadanía. La demanda o -solicitud- que de inicio al proceso es eminentemente ciudadana, o mejor, una acción pública. La decisión es de naturaleza jurisdiccional que tendrá el sello de la cosa juzgada. Al radicarse la competencia de la pérdida de la investidura de congresistas en el Consejo de Estado, se está refiriendo a esta Corporación, pero al través de su Sala de lo Contencioso Administrativo, y como ni la ley ni el reglamento han precisado en ninguna de sus secciones en particular el conocimiento de tales asuntos, ha de entenderse que el mismo corresponde a ella reunida en Sala Plena.

ACLARACION DE VOTO

DEL MAGISTRADO ALVARO LECOMPTE LUNA EN LA SENTENCIA CALENDADA A OCHO (8) DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS (1992), RECAIDA EN EL PROCESO CONTENIDO EN EL EXPEDIENTE N° AC-175 ASUNTOS CONSTITUCIONALES (solicitud de pérdida de la investidura del Senador Samuel Alberto Escrucería Manzi). - Actor: Dr. Carlos Espinosa Faccio-Lince, presidente del Honorable Senado de la República.

Por cuanto el suscrito, en su condición de Presidente del Consejo de Estado, juntamente con los señores presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, H.H.M.M. Drs. Jaime Betancur Cuartas y Luis Eduardo Jaramillo Mejía, respectivamente, tuvo ocasión de expresar su criterio jurídico y, en cierto sentido, el de la mayoría de los señores consejeros de Estado, acerca de la nueva figura de la pérdida de la investidura de los congresistas (arts. 183 y 184 de la Carta), al atender la invitación que, para el 20 de mayo pasado, les formulara la Comisión Primera Permanente del H. Senado, ha creído útil, ilustrativo y necesario aclarar su voto en esta oportunidad, dado que es la primera vez en que, en un caso concreto, se ha avocado el conocimiento y se ha fallado un asunto sobre el tema.

Como se explicó entonces de una manera objetiva, clara y esencialmente jurídica, el suscrito se planteó varios interrogantes que trató de contestar, así: 1) Qué alcances tiene la nueva institución? 2) Qué significa desinvestir? 3) Qué consecuencias individuales y sociales trae consigo? 4) Las causales que enumera el art. 183. qué repercusiones tiene?.

Acerca de la primera pregunta, se dijo en aquella oportunidad que la pérdida de la investidura es algo de trascendencia suma, porque, siendo los congresistas los representantes genuinos de la voluntad popular vertida en las urnas; siendo, como son los personeros de un determinado partido o movimiento político, de una determinada filosofía acerca de la concepción del Estado, la pérdida de la investidura es, indudablemente, una revocación para el congresista mismo, un dejar sin efecto una decisión del elector, pero no para efectos meramente mediatos y personales, sino de efectos que van más allá, porque repercutirá para siempre, ya que el art. 179 de la Constitución dice claramente que "no podrán ser congresistas...4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista." Por lo tanto, será algo así como un recorte a la posibilidad de ser elegido en el futuro, y ser elegido en un derecho que dimana de la ciudadanía; en consecuencia, no hay duda de la trascendencia que ha tener el fallo - o decreto, como lo llama el art. 184- que dicte el Consejo de Estado en tal sentido.

También dijo el suscrito en el curso de su intervención, que ese decreto -o, para hablar más propiamente, ese fallo-, tendrá fuerza de cosa juzgada, estará revestido de esa garantía que ha creado el Derecho desde tiempos inmemoriales y que esa fuerza no será *erga omnes*, pero sí envolverá un significado, un vigor muy especial para la persona a la que se despoje de su investidura de congresista y se le prive en el futuro del derecho ciudadano de ser elegido como tal, del derecho a ser presidente o vicepresidente de la república, como lo precisa el art. 197, segundo inciso, de la Constitución. Y a *contrario sensu*, la sentencia, el fallo, el decreto que deniegue la desinvestidura del congresista también hará tránsito a cosa juzgada respecto

a la causal o causales que ya se hayan ventilado ante la justicia para un evento dado.

Se pasó enseguida a tratar de la observancia del art. 184 de la Carta en su parte final, o sea, de la demanda -o solicitud- que de inicio al proceso, y se dijo que es eminentemente ciudadana, o mejor, una acción pública, puesto que ella puede emanar, bien de la mera directiva de la cámara correspondiente, bien de cualquier ciudadano. Y que, naturalmente, el acusado ha de tener la oportunidad de defenderse, de controvertir las pruebas, de hacerse representar en el proceso por un profesional del derecho. De esto se dedujo la naturaleza jurídica de la figura; no puede ser considerado tal decreto, la sentencia, el fallo -cualquiera que sea su sentido-, como un mero acto administrativo, sino un acto de naturaleza jurídica más trascendente, porque, se reiteró, tendrá el sello de la cosa juzgada, por un lado, y porque se privará de un doble status al acusado y condenado; deberá sopesada, probada, debatida la causal -o las causales- que se le endilgue; será sometido a un verdadero juicio y de allí que ese fallo, cualquiera que sea su sentido, ha de tener el sello de acto jurisdiccional como final de un proceso judicial.

Igualmente agregó el suscrito, en aquella ocasión, muy en abstracto, que si se considerase formalmente como un acto administrativo, o como una escuela, como una serie de actos administrativos, como una operación administrativa, tendría acción de nulidad y de restablecimiento del derecho ante la Corte Suprema de Justicia, supremo juez de lo contencioso-administrativo respecto a los actos administrativos que profiere el Consejo de Estado (art. 128, segundo inciso, Código de lo Contencioso Administrativo), con lo que se desvirtuaría lo que quiso la Constitución, es decir, que el Consejo de Estado fuese el juez, fuese la autoridad encargada de "decretar la pérdida de la investidura", como claramente lo indica el art. 184 de la Carta.

De allí que como el 236 *ibídem* precisa que el Consejo de Estado se divide en salas para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley (o sea, las enumeradas en los numerales 3, 4, 5 y 6 del art. 237), no hay duda de que al radicarse la competencia de la pérdida de la investidura de congresistas en el Consejo de Estado (art. 184), se está refiriendo a esta corporación, pero al través de su Sala de lo Contencioso Administrativo, y como ni la ley ni el reglamento han precisado en ninguna de sus secciones en particular el conocimiento de tales asuntos, ha de entenderse que el mismo corresponde a ella reunida en Sala Plena.

Entonces, teniendo en cuenta que la parte doctrinaria de las consideraciones del fallo que ahora se analizan coinciden con el pensamiento anterior que, además, las cuestiones fácticas del caso concreto ameritan el pronunciamiento acogido por la ilustrada mayoría, se ha votado por el suscrito afirmativamente, pero con la certidumbre de que necesitaba de esta aclaración.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha *ut supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite (Aclaración de Voto).

Si bien mi Despacho resolvió abstenerse anteriormente de avocar y dar trámite a la solicitud de pérdida de la investidura de congresista, ello obedeció a las conclusiones a que llegó en un primer análisis la Sala Plena de la Corporación en consulta planteada por el suscrito frente a la novedad del tema, en el sentido de que la Carta ha previsto la expedición de una ley especial que regule esta nueva institución en nuestro ordenamiento jurídico y que mientras ello no sucediera no era posible que el Consejo de Estado avocará la competencia. Desde un comienzo personalmente consideraba que existían argumentos interpretativos que permitían desde ese entonces avocar el conocimiento y adelantar el trámite. Ante el nulo respaldo que mis ideas sobre el punto encontraron en ese momento en la Sala Plena, no insistí en ellas y consideré prudente aplicar el criterio ampliamente mayoritario de la Sala. Ahora la mayoría de la Sala ha cambiado de parecer, teniendo en cuenta no sólo los nuevos análisis hechos sobre el particular, sino la existencia de algunas normas legales contenidas en la Ley 5a. de 1992, llegando a conclusiones cercanas a las consideraciones planteadas en la referida consulta, por lo cual he apoyado el sentido final de la decisión adoptada.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA PROVIDENCIA DE FECHA 8 DE SEPTIEMBRE DE 1992

Ref.: Expediente No. AC-175 Actor: Senado de la República.

Ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

El suscrito Consejero de Estado considera necesario aclarar su voto afirmativo al fallo que decretó la pérdida de investidura de Senador al doctor Samuel Alberto Escrucería Manzi, por las siguientes razones:

1o.- Si bien mediante providencia del doce de diciembre de 1991, expedida en Sala Unitaria, resolvió mi Despacho abstenerse de avocar y dar trámite a la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del señor Jairo Ruiz Medina, como representante del Departamento del Amazonas, ello obedeció fundamentalmente a las conclusiones a que llegó en un primer análisis la Sala Plena de la Corporación en su sesión del 10 de diciembre de 1991, ante consulta planteada por el suscrito frente a la novedad del tema, en el sentido de que la Carta ha previsto la expedición de una ley especial que regula esta nueva institución en nuestro ordenamiento jurídico y que mientras ello no sucediera, no era posible que el Consejo de Estado avocará la competencia.

2o.- Desde un comienzo, y así lo planteé a la Sala Plena con ocasión de la consulta formulada, personalmente consideraba que existían argumentos interpretativos que permitían desde ese entonces avocar el conocimiento y adelantar el trámite. Esos argumentos se referían fundamentalmente a la competencia residual de la Sección Primera, que le corresponde de acuerdo con el reparto interno de competencias, y al procedimiento ordinario que de acuerdo con el artículo 206 del C.C.A., "también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señala un trámite especial". No obstante lo anterior, ante el nulo respaldo que esas ideas encontraron en ese momento en la Sala Plena, no insistí en ellas y consideré prudente aplicar el criterio ampliamente mayoritario de la Sala.

3o.- Ahora, con ocasión del proyecto de fallo presentado por el Consejero Guillermo Chahín Lizcano para resolver el presente proceso, la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha cambiado de parecer, teniendo en cuenta no sólo los nuevos análisis hechos sobre el particular, sino la existencia de algunas normas legales contenidas en la Ley 5a. de 1992, llegando a conclusiones cercanas a las consideraciones planteadas por mí en la consulta del mes de diciembre de 1991, por lo cual he apoyado el sentido final de la decisión adoptada.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos. (1992).

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite (Aclaración de Voto).

Los nuevos planteamientos hechos en la Sala Plena dentro del expediente y la aparición de normas legales contenidas en la Ley 5a. de 1992, me llevan a respetar el criterio de la mayoría y a suscribir con la sola aclaración del voto la providencia que define el presente asunto.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO DR. YESID ROJAS SERRANO

Ref: Expediente No. AC-175 Asuntos Constitucionales. Actor: Senado de la República.

La presente aclaración de voto obedece a lo expresado por el suscrito en auto de 28 de febrero de 1992, dentro del expediente No. 1914 cuando se propuso ante el Consejo de Estado la cancelación de la credencial de Senador de la República al doctor José Ramón Navarro Mojica, por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

En aquella oportunidad, el Despacho, aludiendo a la providencia del 20 de febrero de 1992 de la cual fue ponente quien ahora conoce de este asunto, expuso:

"1. El artículo 184 de la Constitución Política actual, establece que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley". Si bien es cierto que en virtud de la precitada disposición en concordancia con la contenida en la regla constitucional 237 numeral 5, puede decirse que de la pérdida de la investidura conoce el Consejo de Estado, no lo es menos que aún no se ha expedido la ley que consagre la competencia en cabeza de alguna de las Salas o Secciones de la Corporación y que además determine las reglas relativas a la naturaleza de la acción, al procedimiento que debe adelantarse, a la procedencia, clase y trámite de los recursos etc. , aspectos todos ellos fundamentales e indispensables para darle plena aplicación a la nueva figura jurídica. (Subraya la Sala).

"2. El mismo texto de la carta en cuanto a que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley, está indicando que mientras que el legislador no desarrolle la norma constitucional contenida en el artículo 184, la modalidad de la pérdida de investidura no puede operar por sí sola, sino a través de la norma legal que la reglamente".

Sin embargo, los nuevos planteamientos hechos en la Sala Plena dentro del expediente de la referencia y la aparición de normas legales contenidas en la Ley 5a. de 1992, me llevan a respetar el criterio de la mayoría de la Sala y a suscribir con la sola aclaración del voto la providencia que define el presente asunto.

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

NOTA DE RELATORIA: El señor Consejero que redacta la presente aclaración de voto en auto de febrero 28 de 1992, Exp. 1914, había considerado necesaria la expedición de la ley que desarrollara el contenido de la norma constitucional relacionada con la pérdida de investidura de congresistas.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite (Salvamento de Voto).

El decreto de pérdida de la investidura de los congresistas implica el ejercicio de una competencia jurisdiccional constitucional con regulación constitucional y legal preferencial y especial. En la tramitación del presente proceso se contrató en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución Política. El procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas. Se violó flagrantemente el debido proceso.

SALVAMENTO DE VOTO

Ref: Expediente AC-175. Actor: Carlos Espinosa Faccio Lince, Presidente H. Senado de la República.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expreso las razones de mi disentimiento con el fallo proferido en el expediente de la referencia, así:

I.- *El decreto de pérdida de la investidura de los congresistas implica el ejercicio de una competencia jurisdiccional constitucional con regulación constitucional y legal preferencial y especial.*

La Constitución Política de 1991 le asignó al Consejo de Estado una nueva competencia de carácter jurisdiccional y constitucional, en el artículo

237 ordinal 5o., y es la de "Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley."

De acuerdo con el texto anterior la competencia en referencia debe ejercerla el Consejo de Estado de conformidad con la Constitución, es decir, con base en las reglas señaladas en los artículos 183 (indica las causales de pérdida de la investidura) y 184 de la misma (determina el término de duración del proceso y quienes están legitimados para promoverlo) y la ley.

Esa sujeción a los artículos 183 y 184, supone, que en materia de causales de pérdida de la investidura, de término de duración del proceso y legitimación para promoverlo, el Consejo de Estado debe darle aplicación estricta y preferencial a dichos textos, por mandato del artículo 4o. de la misma Carta.

En cuanto a la sujeción a la ley, cabe resaltar que por ser nueva la institución reclama su expedición por el Congreso, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, lo que aún no ha hecho, y debe tener un carácter especial: por razón de la materia y por la necesidad de sujetarse con fidelidad a los artículos 183 y 184 ya mencionados.

II.- En la tramitación del presente proceso se contrarió en forma notoria y ostensible el artículo 184 de la Constitución Política.

Este precepto, al igual que los demás de la Carta, es norma de normas y prevalece sobre la ley o cualquier norma jurídica, según el artículo 4o. ya citado. Dado tal carácter, en el trámite de la pérdida de investidura de los congresistas debe atenderse plenamente sus ordenaciones: *que se decrete la desinvestidura "en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud", y que ésta "sea formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente* o por cualquier ciudadano".

El carácter perentorio y breve del término constitucional anterior, torna imposible que al proceso de pérdida de la investidura de los congresistas se pueda aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo, previsto en los artículos 206 a 211 del C.C.A., cuyas etapas transcurren: la fijación en lista, cinco días; la probatoria, entre diez, y sesenta días (en el *sub-judice* se señalaron diez); la de alegaciones, diez días. Es tan evidente el no cumplimiento del procedimiento ordinario en el proceso *sub-exámine* que cuando se cumplieron los veinte días previstos en la Carta: el 8 de Julio, apenas había vencido la etapa de fijación en lista: el 7 del mismo mes, y faltaban por tramitarse la probatoria y la de alegaciones.

La transgresión del artículo 184 también se da respecto de la legitimación para promover la solicitud, pues en el presente caso se hizo por el Presidente del Senado y no por la Mesa Directiva -conforme lo exige el precepto-, la cual, según el artículo 7o. de la Ley 17 de 1970, vigente para la fecha de la

solicitud: 8 de Junio del presente año, estaba integrada por el Presidente, Primero y Segundo Vicepresidentes.

III.- *El procedimiento ordinario contencioso administrativo no se puede aplicar al proceso de pérdida investidura de los congresistas.*

El análisis precedente pone en evidencia que, dada la preceptiva del artículo 184 de la Constitución Política, al proceso de la referencia no se le puede aplicar el trámite del procedimiento ordinario contencioso administrativo.

IV.- *Se violó flagrantemente el debido proceso.*

En el caso *sub-exámine* se transgredió el artículo 29 de la Constitución Política, dado que en el proceso no hubo "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", por no existir procedimiento y reclamar, como se ha visto, una ley especial que lo establezca.

La ausencia de ley especial reguladora del procedimiento en esta clase de procesos, pone de presente la existencia de una causal de nulidad insaneable, y es la prevista en el artículo 140 numeral 4o. del C.P.C., la cual ameritaba invalidar todo lo actuado.

Las razones expuestas me llevan a concluir que no debió proferirse fallo de mérito en este asunto por la nulidad expresada.

Fecha *ut supra,*

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA/SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA FUNCIONAL (Salvamento de Voto).

La Sala de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para conocer de la acción pública de pérdida de la investidura de congresista, por cuanto la Constitución Política en su artículo 184 atribuye al CONSEJO DE ESTADO ese conocimiento, Corporación integrada también con la Sala de Consulta y Servicio Civil. La ley 5a. de este año es aún más precisa, en cuanto en su artículo 298, numeral 3o., estatuye que es el Consejo de Estado en pleno el que conocerá judicialmente de las causales de pérdida de investidura de Congresista.- No es válido al respecto el argumento de la inaplicabilidad de la norma frente lo que consagra el artículo 236, inciso segundo, de la Constitución con relación a la división del Consejo en Salas y secciones "...para separar las funciones jurisdiccionales de los demás...", puesto que esta separación hace relación a la función jurisdiccional del Consejo en las acciones Contencioso Administrativas, no siendo aplicable a la acción aludida entró en vigencia el 18 de junio de este año, apenas 3 días después de admitida la demanda y cuando el proveído ni siquiera se había notificado por Estado a las partes, resultando ese procedimiento plenamente viable para adecuar el trámite a la previsión legal.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente AC-175.- Senado de la República

Como tuve oportunidad de expresarlo en el debate suscitado por el estudio del proyecto que concluyó plasmado en la sentencia fechada el 8 del mes en curso, mediante la cual fue decretada la pérdida de la investidura de Senador

al Dr. SAMUEL ALBERTO ESCRUCERIA MANZI, considero que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no podía producir esa decisión por las siguientes tres razones:

1° Porque carece de competencia para conocer de la acción pública de pérdida de la investidura de congresista, por cuanto la Constitución Política en su artículo 184 atribuye al CONSEJO DE ESTADO ese conocimiento, Corporación integrada también con la Sala de Consulta y Servicio Civil.-

La Ley 5ª de ese año es aún más precisa, en cuanto en su artículo 298, numeral 3, estatuye que es el Consejo de Estado en pleno el que conocerá judicialmente de las causales de pérdida de investidura de Congresista.- No es válido al respecto el argumento de la inaplicabilidad de la norma frente lo que consagra el Art. 236, inciso segundo, de la Constitución con relación a la división del Consejo en salas y secciones "...para separar las funciones jurisdiccionales de los demás...", puesto que esa separación hace relación a la función jurisdiccional del Consejo en las acciones Contencioso Administrativas, no siendo aplicable a la acción aludida entró en vigencia el 18 de junio de este año, apenas 3 días después de admitida la demanda y cuando el proveído ni siquiera se había notificado por Estado a las partes, resultando ese procedimiento plenamente viable para adecuar el trámite a la previsión legal.-

Con la mayor consideración con el criterio acogido por la mayoría de la Sala, dejo así consignados los motivos de mi disentimiento.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 18 de 1992

Amado Gutiérrez Velásquez.

COLPUERTOS/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO-Régimen Aplicable/**JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Improcedencia.

Enfrentada la sentencia suplicada con la providencia invocada por el recurrente, no encuentra la Sala la contrariedad denunciada, toda vez que si la segunda sostiene que atendida la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, por regla general sus actos y contratos se rigen por el derecho privado y solo excepcionalmente, cuando ejerce funciones públicas las decisiones que profiera para cumplirlas son administrativas y su juzgamiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, la afirmación de la primera respecto a que los litigios que surjan de labores de cargue y descargue que no son ni por su naturaleza ni por definición legal funciones administrativas, pertenecen a la jurisdicción ordinaria, antes que ser contradictoria es plenamente coincidente. El litigio que dio origen a la providencia citada como contrariada, se originó en actos administrativos expedidos por Colpuertos para aplicar las tarifas que debe cobrar por servicios portuarios, tema diferente al que definió la sentencia suplicada que no trata de actos sino de hechos y que nada tiene que ver con el señalamiento o liquidación de tarifas. No hay identidad de materias entre las dos jurisprudencias.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Trámite

Cuando en una de las dos providencias no se ha tratado el punto de derecho, éstas no son comparables, y no hay lugar a la prosperidad del recurso, así pueda colegirse de la decisión que el juzgador tuvo en mente una doctrina no coincidente con la otra. La doctrina cuya revisión corresponde a la Sala Plena a través del recurso extraordinario de súplica, es la expresada por la Sección, no la tácita que pueda inferirse del sentido de la decisión. Es cierto que la decisión fue inhibitoria y que lo procedente era la declaración de nulidad del proceso, pero de este error no puede inferirse que la voluntad de la Sección haya sido la de modificar la jurisprudencia señalada por la Sala Plena, pues no se encuentra soporte alguno en la parte considerativa del fallo que apunte en este sentido.

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

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente Nº. S-172. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. Actor: COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.

Conoce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Sociedad Suramericana de Seguros S.A. contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 1o. de Noviembre de 1990, en el proceso de la referencia.

EL RECURSO

Manifiesta la recurrente que tiene dos razones para suplicar la sentencia: una que llama sustancial principal, en cuanto el fallo adujo que el Consejo de Estado carecía de jurisdicción para decidir la controversia, y otra que denomina procesal y subsidiaria de la primera, referida a que la Sección a pesar de considerar que no tenía jurisdicción, se inhibió de fallar de fondo el asunto en lugar de declarar la nulidad de la actuación.

LA SENTENCIA RECURRIDA

En la sentencia objeto del recurso, la Sección Tercera se inhibió para fallar el fondo del asunto controvertido por corresponder su decisión a la jurisdicción ordinaria. Se fundamento el fallo principalmente en la siguientes consideraciones, que según el impugnante contrarían jurisprudencia anterior de la Corporación:

> "Y resulta que en el caso *sub judice* el hecho causante de la pérdida de la mercancía reclamada se produjo durante la operación del desembarque de unos barriles de éter, que por razones posiblemente atribuibles a funcionarios de Colpuertos, cayeron y provocaron un incendio en las bodegas del buque "FANEOS", destruyéndose así los 250 barriles o tambores de Acetona Reactiva Analítica mientras éstos permanecían, aún sin descargar en la bodega de la motonave en mención. Así las cosas, la pérdida de la mercancía ocurrió en momentos en que ella aún no estaba almacenada en bodegas oficiales y cuando todavía no se daba la figura que el demandante denomina "depósito necesario"...
>
> Y por tales motivos no puede hablarse en el caso *sub judice* de que la jurisdicción contencioso administrativo sea la competente para conocer de la controversia planteada, puesto que ella sólo podría hecerlo si se tratase de actos en desarrollo de funciones administrativas de Colpuertos, o sí, de acuerdo con la tradicional jurisprudencia, las mercancías reclamadas se hubiesen perdido estando almacenadas en bodegas oficiales. Y, como resulta que las labores de cargue y descargue de bodegas no son, ni por naturaleza, ni por definición legal, funciones administrativas de Colpuertos, sino corresponden a un claro ejercicio de su objeto social de explotación de puertos, considerado como acto mercantil en virtud del numeral 9o del artículo 20 del Código de Comercio, las controversias que surgen en razón de tales actos de cargue y descargue corresponde juzgarlas a la jurisdicción ordinaria".

LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

Afirma la censora que la sentencia acusada, en cuanto considera que el litigio no correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, desconoció y vulneró la jurisprudencia contenida en la siguiente providencia:

> -Auto de Noviembre 10 de 1989 de la Sala Plena, Consejera Ponente, Dra. Clara Forero de Castro, Actor Navemar Ltda., en el cual se sostuvo que, atendida la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado de Puertos de Colombia, por regla general sus actos y contratos se rigen por el derecho privado, están dispensados de numerosas formalidades y la jurisdicción competente para conocer de ellos es la ordinaria, "sin embargo, cuando excepcionalmente ejercen funciones

públicas que le son confiadas en el acto de su creación, las decisiones que profieran para cumplirlas deben considerarse administrativas y su juzgamiento corresponde a la justicia contencioso administrativa".

En segundo término y en cuanto decidió inhibirse de decidir en el fondo el asunto, estima la suplicante que el fallo desconoció y vulneró la siguiente jurisprudencia:

-Sentencia de Sala Plena de agosto 5 de 1983, Consejera Ponente Doctora Aydeé Anzola Linares, Actor Sociedad Promociones S.A., en donde se sostuvo que la carencia de jurisdicción constituye falta de un presupuesto procesal que irremediablemente conduce a que se decrete la nulidad del proceso a partir del auto admisorio de la demanda.

-Auto de Sala de lo Contencioso Administrativo de Septiembre 4 de 1964, Consejero Ponente Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, Actor José Urbano Trujillo, en el mismo sentido de la sentencia anterior.

-Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de enero 31 de 1963, consejero Ponente Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, Actor Alberto Palau, en igual sentido.

-Sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo de diciembre 11 de 1961, Consejero Ponente Doctor Alejandro Domínguez Molina, también en el mismo sentido.

Termina la recurrente solicitando que en el evento en que aparezca dentro del proceso falta de jurisdicción, se decrete la nulidad de lo actuado, se indique desde qué actuación y se ordene remitir el proceso a la justicia ordinaria, advirtiendo qué pruebas conservan su validez y tienen eficacia suficiente y necesaria para probar los hechos de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Fundamenta la recurrente su primer y principal cargo de contrariedad jurisprudencial, en que el fallo declaró que la litis no correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, porque las labores de descargue de bodegas en las que pereció la mercancía, no son ni por naturaleza ni por definición legal funciones administrativas de Colpuertos y por el contrario, responden a un claro ejercicio de su objeto social de explotación de puertos, considerado por el Código de Comercio como acto mercantil, doctrina que en su sentir desconoce la sostenida por la Sala Plena en auto de noviembre 10 de 1989, expediente S-011, respecto a que cuando Colpuertos ejerce funciones públicas que le son confiadas en el acto de su creación, sus actos deben considerarse administrativos y su juzgamiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Razona la suplicante diciendo que si el Decreto 561 de 1975 que reclasificó la empresa Puertos de Colombia de un establecimiento Público a una empresa industrial y comercial del Estado, en su artículo 4o. fijó como uno de sus objetivos el de su responsabilidad en la prestación de servicios de embarque y desembarque, mal puede entonces la sentencia aquí suplicada considerar esta actividad como un mero acto mercantil.

Enfrentada la sentencia suplicada con la providencia invocada por el recurrente, no encuentra la Sala la contrariedad denunciada, toda vez que si la segunda sostiene que atendida la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, por regla general sus actos y contratos se rigen por el derecho privado y sólo excepcionalmente, cuando ejerce funciones públicas las decisiones que profiera para cumplirlas son administrativas y su juzgamiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, la afirmación de la primera respecto a que los litigios que surjan de labores de cargue y descargue que no son ni por su naturaleza ni por definición legal funciones administrativas, pertenecen a la jurisdicción ordinaria, antes que ser contradictoria es plenamente coincidente.

En las dos providencias se hace derivar el conocimiento del litigio por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, de que la función que le dio origen sea pública, y la función es pública por su naturaleza o por definición legal, no como lo entiende la recurrente, porque se encuentre dentro de los objetivos que a la empresa le haya señalado la ley, pues por regla general, según el artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968, el objeto de las empresas industriales y comerciales del Estado es el desarrollo de actividades de naturaleza industrial y comercial.

Cabe anotar por otra parte, que el litigio que dio lugar a la providencia citada como contrariada, se originó en actos administrativos expedidos por Colpuertos para aplicar las tarifas que debe cobrar por servicios portuarios, que la Sala consideró administrativos porque su señalamiento requiere la aprobación del Gobierno Nacional y su liquidación puede controvertirse a través de un verdadero procedimiento gubernativo, tema diferente al que definió la sentencia suplicada que no trata de actos sino de hechos y que nada tiene que ver con el señalamiento o liquidación de tarifas. No hay identidad de materias entre las dos jurisprudencias, luego la decisión diferente que se dio en uno y otro proceso no puede generar contradicción jurisprudencial.

En cuanto al segundo cargo de desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación, la Sala observa:

El artículo 130 del Código Contencioso Administrativo dispone que habrá recurso de súplica ante la Sala Plena contra autos interlocutorios o sentencias de las Secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, de manera que para que

proceda esta impugnación se requiere la existencia de dos doctrinas opuestas, la de la Sección y la de la Sala Plena.

Ha dicho la Corporación (Sentencia sep. 19 de 1989 C.P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo) que el primer interrogante que debe formularse la Sala es, cuál es el punto de derecho y cuál es el criterio sobre éste fijado en las jurisprudencias que se alegan violadas y cuál es el punto de derecho y cuál el criterio sobre éste fijado en la sentencia recurrida en súplica extraordinaria.

La respuesta a las anteriores preguntas surge del examen que se haga de la parte considerativa de la providencia que es la que contiene la doctrina que informa la decisión, no de la parte resolutiva. Ello implica que cuando en una de las dos providencias no se ha tratado el punto de derecho, éstas no sean comparables, y que no haya lugar a la prosperidad del recurso, así pueda colegirse de la decisión que el juzgador tuvo en mente una doctrina no coincidente con la otra. La doctrina cuya revisión corresponde a la Sala Plena a través del recurso extraordinario de súplica, es la expresada por la Sección, no la tácita que pueda inferirse del sentido de la decisión.

Y, como en el presente caso no encuentra la Sala que el fallo impugnado se haya referido en algunos de sus apartes a que la ausencia de jurisdicción no sea causal de nulidad de todo el proceso, como lo ha sostenido la Corporación en la providencias citadas como contrariadas, no le es posible efectuar la comparación que se reclama. Es cierto que la decisión fue inhibitoria y que lo que procedía ciertamente era la declaración de nulidad del proceso, pero de este error no puede inferirse que la voluntad de la Sección haya sido la de modificar la jurisprudencia señalada por la Sala Plena, pues no se encuentra soporte alguno en la parte considerativa del fallo que apunte en este sentido; en consecuencia, no puede afirmarse que la Sección, sin aprobación de la Sala Plena, haya variado su jurisprudencia y si ello no ha ocurrido no cabe la rectificación jurisprudencial que es el objeto de la súplica.

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 súplica interpuesto por la Sociedad SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. contra la sentencia de primero (1) de Noviembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

No se reconoce personería al doctor Rafael Alberto Santodomingo Albericci como apoderado de la Empresa de Puertos de Colombia, por cuanto el poder, no cumple con lo dispuesto por los artículos 142 y 149 del Código

Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

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

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de septiembre primero (1) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

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

La ausencia de motivación no puede confundirse con la motivación deficiente o insuficiente, hasta el extremo de que el no referirse a alguno de los argumentos de las partes produzca su invalidez. Motivar la sentencia significa expresar el razonamiento jurídico del cual el juzgador extrae la conclusión; es reflejar la actividad intelectual realizada sobre las circunstancias particulares del caso concreto para llegar a la decisión. Si falta tal razonamiento, si no puede desentrañarse cuál fue la actividad intelectual del juez, la sentencia carecerá de uno de los elementos esenciales de un acto reflexivo y aparecerá como un acto discrecional y por ello estará viciada de nulidad. Es cierto que no se refirió la sentencia a las argumentaciones que sobre el particular presentaron tanto la parte demandada como la actora, lo que resulta explicable si se tiene en cuenta que la Sala avocó el examen en forma oficiosa, no porque debiera resolver alguna petición de las partes, pues en el proceso no se presentó oportunamente la excepción de caducidad de la acción; pero aún aceptando que debió hacerlo, esta omisión no es suficiente para viciar de nulidad la sentencia por falta de motivación, si basta leer la parte considerativa del fallo para conocer el por qué de la decisión.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref: Expediente No. Rev-039. Recurso Extraordinario de Revisión contra la sentencia de 20 de abril de 1989, proferida por la Sección Tercera de la Corporación. Actores y recurrentes : Juan de Jesús Giraldo Ramírez y Otros.

Decídese el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado judicial de los señores Juan de Jesús Giraldo Ramírez, Luz Mariela López de Giraldo, José Jesús Giraldo López, Nicolás Fernando Giraldo López, Gustavo de Jesús Giraldo López, Rosalba del Socorro Giraldo López, Fanny del Socorro Giraldo López, Juan Carlos Giraldo López, Gilberto de Jesús Giraldo López, Fabiola del Socorro Giraldo López, Albeiro de Jesús Giraldo López, Oscar de Jesús Giraldo López, Miram del Carmen Giraldo López y Humberto de Jesús Guevara Alzate contra la sentencia que profiriera la Sección Tercera de la Corporación el 20 de abril de 1989, por la cual fue revocado el fallo de mérito dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda a 16 de septiembre de 1987, y, en su lugar, declaró la inhibitoria por caducidad de la acción de reparación directa que, mediante demanda fue presentada el 27 de febrero del año últimamente mencionado, contra el Departamento de Risaralda.

El recurso de fundamenta en la causal sexta (6a.) del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo (artículo 41 del decreto-ley 2304 de 1989), porque estima el libelista, hay nulidad originada en la sentencia de segunda instancia referida, que puso fin al proceso, debido a que en ella no fueron analizados los argumentos de la parte actora para demostrar la ausencia de caducidad de la acción, máxime si fue tenida en cuenta la excepción que, en dicho sentido, fue aducida por la parte demandada, cuando ya había vencido el tiempo hábil para ello, puesto que la expuso en el alegato de conclusión y no en el escrito con el cual contestó la demanda que era el momento oportuno y que, habiendo sucedido así, ya no era posible hacer uso de la facultad oficiosa de declarar tal caducidad por romperse la igualdad de las partes.

De esta suerte, concedido por la Sección Tercera a través de auto de 24 de mayo de 1991 por haber sido interpuesto con el lleno de los requisitos legales y dentro del término señalado en el artículo 187 del Código Contencioso Administrativo (ver fol. 450), concluído el trámite a que se refieren los artículos 190 y 191 *ibídem*, pasa a resolver al no observar defecto que incida en la actuación, previos los siguientes

ANTECEDENTES :

La demanda que dio origen a este asunto, como ya se ha indicado se presentó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda el *27 de febrero de 1987* por los hechos acaecidos el *28 de febrero de 1984* en el paraje conocido con el nombre de Fonda Central de la carretera que lleva de Cerritos a Pereira, cuando un vehículo automotor campero, marca, Toyota", de propiedad del Departamento y al servicio de la Gobernación, conducido por

el señor Josiel Antonio Orozco Gallego, empleado del mismo ente territorial, en horas de la noche, a velocidad excesiva y por el carril izquierdo de la vía, embistió al automóvil marca "Fiat", placas HM 0561, en el que viajaban Martha Cecilia Giraldo López, Luz Mariela López de Giraldo, Nicolás Fernando Giraldo López y Humberto de Jesús Guevara Alzate, resultando muerta la primera y heridos de consideración los otros, amén de las serias averías causadas al automóvil, de propiedad del último.

Durante el término probatorio de la primera instancia, fueron allegadas, a solicitud de la parte actora, copias autenticadas de la vista fiscal ante el Juzgado Cuarto Superior de Pereira, el auto de llamamiento a juicio y de la sentencia calendada a 1o. de noviembre de 1985 dictada por éste. Por esa sentencia y atendiendo "la respuesta unánime del jurado popular", fue condenado al señor Josiel Antonio Orozco Gallego como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, en la modalidad de culposos, perpetrados en el desarrollo de los hechos descritos en el acápite precedente. Igualmente y durante el término probatorio en cuestión, se trajo a los autos copia auténtica del fallo de *20 de febrero de 1986*, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Penal-, que confirmó la anterior con algunas modificaciones atinentes a la pena impuesta y a la concesión de la suspensión provisional de su cumplimiento por un período de prueba que allí se determina. También se trajo a los autos pruebas documentales acerca del vínculo laboral y la dependencia del señor Orozco Gallego con el Departamento de Risaralda, y en torno a la propiedad del campero.

En el *petitum*, la parte actora solicitó:

A) El pago del valor de los *perjuicios morales* sufridos por Juan de Jesús Giraldo Ramírez y Luz Mariela López de Giraldo -padres de Martha Cecilia-, por José Jesús, Oscar de Jesús, Albeiro de Jesús, Juan Carlos, Nicolás Fernando, Gilberto de Jesús, Gustavo de Jesús, Rosalba del Socorro, Miryam del Carmen, Fabiola del Socorro y Fanny del Socorro -hermanos-, y por Humberto de Jesús Guevara Alzate -prometido y a pocos meses de contraer matrimonio con la occisa-, en el equivalente en moneda nacional, de un mil gramos oro para cada afectado, "por alta intensidad de su dolor".

B) El pago del valor de los *daños materiales* que recibieron Luz Mariela López de Giraldo, Nicolás Fernando Giraldo López y Humberto de Jesús Guevara Alzate por las lesiones sufridas por ellos, "en la cuantía que resulte probada dentro del proceso o en el incidente de liquidación de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

C) El pago del Valor de los *daños morales* sufridos por los mismos relacionados en el literal precedente, en el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro para cada uno de ellos, "dadas las características de las

lesiones físicas recibidas y sus repercusiones en las esferas psíquicas de los lastimados".

Subraya el libelo que Martha Cecilia era la menor de trece hermanos y que siempre fue tenida por todos como la "niña" de la casa, es decir, como destinataria de los más fuertes afectos, por lo cual su muerte produjo una conmoción sin precedentes en su hogar. Que además, era la prometida, "desde mucho tiempo atrás", de Humberto de Jesús Guevara Alzate, y ambos habían convenido celebrar matrimonio en el mes de junio de ese año de 1984. "El afecto diáfano y sólido -agrega- que se profesó la pareja fue ampliamente conocido y respetado en su entorno. Y el novio siempre creyó que había encontrado la mujer de su vida hasta la nefasta noche que la vio agonizar entre sus brazos. Por ello, la muerte de Martha Cecilia produjo en su prometido estragos morales de los que posiblemente ya no se recuperará.".

Remata la parte demandante su narración diciendo que "Luz Mariela López de Giraldo, Nicolás Fernando Giraldo López y Humberto de Jesús Guevara Alzate, también sufrieron daños materiales y morales derivados de las lesiones físicas y psicológicas que recibieron en los hechos ocasionados por Josiel Antonio Orozco.".

Para derivar la responsabilidad administrativa extracontractual del Departamento de Risaralda, la parte actora puntualizó la *"falla en el servicio"*. Se apoya en los artículos 83 y 86 del Código Contencioso Administrativo; en el artículo 16 de la Constitución Política vigente en la época, el artículo 105 del Código Penal y en el artículo 2347 del Código Civil, disposiciones de carácter sustantivo, porque "dentro de este proceso no podrá ponerse en duda el hecho que generó la investigación penal ni la responsabilidad que allí se dedujo contra Josiel Antonio Orozco Gallego, porque así lo señala el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, aplicable analógicamente."Y transcribe, a modo de colofón el siguiente párrafo tomado de la obra "De la responsabilidad Civil" del tratadista doctor Javier Tamayo Jaramillo (Ed. Temis, Bogotá 1983, pág. 387):

> "De acuerdo con el art. 28 del C.de P.P., la sentencia penal condenatoria no puede ser discutida ni negada en un proceso civil posterior, aunque éste se efectúe contra una persona que deba responder civilmente por el condenado penal. Esto significa que las faltas o culpas del sindicado, establecidas en el proceso penal, son consideradas faltas o culpas civiles para efectos de indemnizar los perjuicios civiles causados con ellas. Por consiguiente, el fallo condenatorio penal tiene valor de cosa juzgada *erga omnes*".

De allí deriva la demanda que "hubo una evidente falla del servicio de la cual debe responder la entidad demandada: un servidor público produjo la muerte de una persona e hirió gravemente a otras, al conducir un vehículo

igualmente oficial por el carril izquierdo de la vía, a velocidad excesiva y en estado de embriaguez (Artículos 130 -numeral 2-, 148 y 224, respectivamente, del decreto 1344 de 1970 -Código Nacional de Tránsito Terrestre-). Por todo lo anterior, invoco como aplicables a este caso las disposiciones señaladas...", amén de otras concordantes.

Admitida la demanda por auto de 11 de marzo del propio año de 1987, el Departamento de Risaralda dio contestación, negando la responsabilidad administrativa o civil que pueda caberle por los lamentables acontecimientos del 28 de febrero de 1984, porque no obstante ser el protagonista de tales hechos un trabajador del Departamento y al servicio de la Gobernación, y que los daños fueron causados por el vehículo oficial que conducía, el señor Orozco Gallego lo hizo por su cuenta y riesgo, dado que sucedieron en las horas de la noche, que no eran de servicio o actividad, contraviniendo las órdenes que le dieron los empleados que habían ido ese día a cumplir una misión en el corregimiento de Santa Cecilia, municipio de Pueblo Rico, quienes le dijeron que no regresara a Pereira. Rebate así las argumentaciones de la parte actora.

En el alegato de conclusión, además de sostener el Departamento sus puntos de vista en el sentido de que de los hechos no puede derivarse "falla en el servicio", da a conocer al Tribunal una posible caducidad de la acción por haber sido incoada la demanda después de los dos años de la ocurrencia del hecho, al tenor de lo preceptuado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, inciso 4o. (texto del decreto-ley 1 de 1984).

FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal, luego de sintetizar el litigio y la actuación, sostiene que no puede tenerse por caducada la acción, teniendo de presente que, habiendo ocurrido los hechos que le dieron origen antes de entrar en vigencia el Código Contencioso Administrativo contenido en el decreto-ley 1 de 1984, no son las pautas de éste sobre tal fenómeno las aplicables, sino las del decreto-ley 528 de 1964, que era la norma imperante en ese momento. Por lo tanto, como según el artículo 28 de éste, el término de prescripción (o caducidad, vocablos equivalentes para el caso) era de tres (3) años como lo han venido sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia con base en el artículo 41 de la ley 153 de 1887, y la demanda fue presentada el 27 de febrero de 1987, concluye que la acción no está caducada, no obstante que dice saber de la tesis contraria de la Sección Tercera al respecto porque entiende que las nuevas normas procesales se aplican para los hechos sucedidos ya en vigencia.

El Tribunal de Risaralda declara, en fin, administrativamente responsable al ente público demandado por "falla en el servicio", si bien fija montos menores para las indemnizaciones de cada uno de los demandantes en cuanto a los "perjuicios morales" de los hermanos y del prometido de la

principal víctima, y tal fue el motivo de la *apelación* interpuesta por la parte actora para ante la sección Tercera.

El Departamento de Risaralda igualmente apeló reiterando que no hubo "falla del servicio" y también, que hay caducidad de la acción, y porque no entiende lo que atañe al pago de los perjuicios morales al señor Guevara Alzate a título de prometido de Martha Cecilia Giraldo López, fallecida con ocasión del accidente.

EL FALLO DE LA SECCION TERCERA:

Como se ha indicado, la Sección Tercera revocó la sentencia del 16 de septiembre de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda y, en su lugar, se declaró inhibida para conocer del asunto "por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción.

Para arribar a esa determinación. La Sección Tercera estima que no obstante haber ocurrido el hecho generador de los perjuicios cuando aún no estaba en vigencia el nuevo término de caducidad fijado por el artículo 136, inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo adoptado por el decreto-ley 1 de 1984, habiéndose incoado la demanda condigna cuando ese Código ya se encontraba en pleno vigor, teniendo en cuenta que las reglas de procedimiento son de orden público y de inmediata aplicación, por ellas ha de regirse el término de caducidad. En consecuencia, habiendo sucedido el hecho dañoso el 28 de febrero de 1984, pero habiéndose presentado el libelo el 27 de febrero de 1987, obvio es concluir que dicho fenómeno se produjo porque debió introducirse, a más tardar, el 28 de febrero de 1986, dado que el término de caducidad de tres (3) años que señalaba el hoy derogado decreto-ley 528 de 1964, en su artículo 28, redujo el tiempo hábil para las acciones de reparación directa.

Reitera así la Sección Tercera su criterio sobre el tema, fijado en proveídos anteriores, tales como la sentencia de 21 de mayo de 1987 (exp. 4955,- actor: Dioselina Arce Castaño, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo) y el auto de la Sala Unitaria recaído en el expediente No. 5033, actor: Sara Emilia Rozo de Lastra, Consejero doctor Julio César Uribe Acosta.

LA DEMANDA DE REVISION

La nulidad de la sentencia impugnada, objeto de la eventual revisión, la estructuran los recurrentes en la *falta de motivación* por no haber "analizado", previamente la resolución de las peticiones, nuestros argumentos inherentes a la perentoriedad de las oportunidades para proponer excepciones de fondo, en la forma en que lo exigían los artículos 163 de la Constitución Nacional,

170 del Código Contencioso Administrativo (versión Decreto 01 de 1984) y 303 del Código de Procedimiento Civil; de donde deviene que puede ser atacable mediante el recurso extraordinario de revisión, por la causal sexta de que trata el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo (versión artículo 41 del Decreto 2304 de 1989), pues, por otra parte, el fallo dictado en abril 20 de 1989 por la Sección Tercera de la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ahora objeto de censura, *carecía de otro recurso*, al haber desaparecido, a partir de la vigencia del Decreto 597 de 1988, el de anulación establecido por los artículos 194 a 205 del Decreto 01 de 1984" (sic).

Lo anterior es evidente, opinan los censores, porque la parte actora objetó oportunamente, en el alegato de conclusión -tanto que el Tribunal de primera instancia lo estudió en extenso-, la excepción de fondo propuesta por la parte demandada por cuanto debió hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y no, en forma tardía, cuando llegó la etapa de alegar de conclusión. En consecuencia, "la oficiosidad de la Honorable Sala no era nítida si el asunto de la caducidad ya había sido expresamente tratado, fuera de término, por la parte que habría de resultar beneficiada en su declaratoria", máxime si el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, impone restricciones para proponer excepciones, y si ello no fuera así "el llamado a cumplir con este precepto siempre estará amparado en las facultades oficiosas del juzgador", rompiéndose de este modo "el principio de igualdad procesal de las partes", por lo cual "se tornaba más imperioso guardar silencio frente a la caducidad planteada, pues su proposición oportuna era una carga procesal para el Departamento de Risaralda", conforme a los artículos 144 -ordinal 3o.- y 164 -inciso primero- del Código Contencioso Administrativo.

Tampoco se ocupó la sentencia objetada de analizar los argumentos que los ahora recurrentes expusieron a espacio acerca de por qué, en su criterio, las nuevas normas sobre caducidad de la acción no eran aplicables al caso *sub-lite*, dando que los hechos de los que surge la responsabilidad extracontractual del Departamento sucedieron antes de entrar en vigencia esas nuevas normas y, en consecuencia, se gobernaba -como se gobierna- esa responsabilidad, por las reglas del artículo 28 del decreto-ley 528 de 1964; de allí que la demanda no fuera presentada fuera de término. A ello se suma la circunstancia de que en ese lapso entró a la vida jurídica el artículo 118 de la ley 33 de 1986, que dispuso que *las acciones de responsabilidad por el hecho ajeno cometido en ejercicio de las actividades peligrosas* -como es la conducción de vehículos automotores-, prescriben en cinco (5) años a partir de la ocurrencia del hecho. En otras palabras, de ninguna manera es aplicable el artículo 136 -inciso cuarto- del Código Contencioso Administrativo al caso de autos.

La caducidad de las acciones de responsabilidad por el hecho cometido en ejercicio de actividades peligrosas es un precepto relativo a un asunto

especial. De ahí que sea de aplicación preferente, conforme al artículo 5o., regla primera, de la ley 57 de 1887, máxime si es posterior al artículo 136 del decreto 1 de 1984 (sic) que la Sección Tercera prefirió acoger y aplicar para declarar erradamente la caducidad de la acción.

ARGUMENTOS DE LA PARTE OPOSITORA EN ESTE RECURSO

En momento adecuado, el Departamento de Risaralda se ha opuesto a la prosperidad del recurso porque no es totalmente cierto que el fallador de segunda instancia no se hubiera ocupado de las argumentaciones de la parte actora en lo atinente a su concepto acerca de que la acción no había caducado, ya que con lo considerado por la Sala sentenciadora se dio respuesta a esas argumentaciones. Además, el Departamento no presentó lo de la caducidad de la acción como una excepción, sino con el propósito de hacer ver, tanto al Tribunal como al Consejo de Estado, que se estaba en presencia de tal fenómeno, y de allí que la Sección Tercera pudiera ocuparse oficiosamente del tema, puesto que la caducidad es obstáculo para fallar en el fondo. Cuando hay caducidad, conceptúa, es imperioso no guardar silencio, porque extingue el derecho a accionar e impide a la jurisdicción conocer de las pretensiones del actor que haya presentado su demanda fuera de tiempo, porque como dice el doctor Miguel González Rodríguez en su libro "Derecho Procesal Administrativo", "...en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho a accionar: la negligencia real o supuesta del titular del derecho; en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término fijado en la norma, prescindiendo de la razón subjetiva."

Y prosigue el Departamento: no hay "nulidad originada en la sentencia" porque las nulidades son taxativas, y en el proceso que culminó con la sentencia ahora recurrida no aparece irregularidad alguna que lleve a la declaratoria de esa nulidad. El artículo 140 del Código de Procedimiento Civil precisa que "el proceso es nulo en todo o en parte, *solamente* en los siguientes casos...", entre los cuales no está la causal esgrimida por los censores, es decir, la "falta de motivación", cuando por otra parte, objetivamente hablando, se ha visto que sí hubo motivación amplia del tema de la caducidad.

En lo que atañe al raciocinio del recurrente de que aún en gracia de discusión habría sido preferente la aplicación del artículo 118 de la ley 33 de 1986 sobre prescripción de la responsabilidad por el hecho ajeno en actividades peligrosas, remítese la apoderada de la parte opositora al problema de la aplicación de la ley en el tiempo, de lo que la Sección Tercera se ocupó ampliamente en otro asunto en sentencia de 8 de agosto de 1989 (expediente No. 5500, actor Marco Aurelio Bonilla y otro) con ponencia del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo. Más también hace notar que el dicho artículo 118 de la ley 33 de 1986 ("por la cual se modifica el Código Nacional

de Tránsito Terrestre") se refiere a "la responsabilidad civil de los particulares y sólo hace alusión al hecho de que las personas de derecho público o privado no están exoneradas de esa responsabilidad", porque el Derecho Administrativo es autónomo porque se rige por principios y normas especiales para la administración, diferentes de los principios que rigen la actividad de los particulares, como recuerda el doctor Libardo Rodríguez en uno de sus ensayos jurídicos, en el qué agrega que "sólo cuando el Derecho Administrativo no ha previsto normas aplicables, ante estos vacíos, podrían aplicarse los principios o normas que regulan situaciones análogas en el derecho común..."

Sentados, pues, los anteriores preliminares,

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Contra la sentencia recurrida en revisión que puso fin en segunda instancia al proceso, no cabe recurso ordinario alguno, de manera que se da una de las condiciones de la norma transcrita.

Sobre la segunda condición, la nulidad originada en la sentencia, la Corporación ha puntualizado que hay nulidad de la sentencia, cuando "ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención..."; o "se condena a quien no ha figurado como parte...", o "el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso..."; o "aparece firmada por un número mayor de magistrados o adoptada por un número diverso al previsto por la ley..."; "cuando hay falta de competencia" o "falta de jurisdicción"; o cuando "carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que : Toda sentencia debe ser motivada...".

En esta última eventualidad funda el recurrente su solicitud de revisión del fallo, expresando que la sentencia es nula "por no haberse motivado respecto a dos alegaciones de carácter trascendental que formulara la parte demandante, atinentes precisamente a la caducidad que se declaró en el fallo...".

Para la Sala no hay duda de que la carencia de motivación de una sentencia, frente al texto imperativo del artículo 163 de la Constitución Política de 1886, origina su nulidad. Pero la ausencia de motivación no puede confundirse con la motivación deficiente o insuficiente, hasta el extremo de que el no referirse a alguno de los argumentos de las partes, produzca su invalidez.

Motivar la sentencia significa expresar el razonamiento jurídico del cual el juzgador extrae la conclusión; es reflejar la actividad intelectual realizada sobre las circunstancias particulares del caso concreto para llegar a la decisión.

Si falta tal razonamiento, si no puede desentrañarse cuál fue la actividad intelectual del Juez, la sentencia carecerá de uno de los elementos esenciales de un acto reflexivo y aparecerá como un acto discrecional y por ello estará viciada de nulidad.

Sobre el mandato del artículo 163 de la Constitución Nacional, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> "entraña una garantía para el gobernado de no ser objeto de arbitrariedad o atropello cuando quiera que sea sujeto, activo o pasivo, de una decisión o acto jurisdiccional.
>
> Desde el punto de vista semántico, "motivar" significa "dar, manifestar, expresar o explicar la causa o motivo que se tuvo para decir o callar algo para la ejecución o no ejecución de una cosa cualquiera". Proyectada la noción al campo de la justicia y específicamente al de la sentencia, como acto jurídico, significa preceder la decisión de los motivos en que se funda, por razones de equidad, que no otra cosa es la justicia aplicada al caso concreto.

Distinto es que existiendo motivación, el órgano juzgador incurra en alguna omisión en relación con el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo que regula el contenido de la sentencia, pues el incumplimiento de este deber procesal del juez, no está sancionado por la Constitución ni por la ley con la nulidad de la sentencia, y por el contrario, las normas de procedimiento consagran remedios procesales para que el mismo órgano subsane las deficiencias más graves, como son la omisión de la condena en concreto, la falta de claridad y los errores de la resolución, y aún la omisión de decisión sobre cualquiera de los extremos de la *litis*.

Examinada la sentencia en el caso *sub judice*, encuentra la Sala que a folios 22 a 24, la Sección Tercera, asumiendo oficiosamente el estudio del fenómeno de caducidad, antes de afrontar el examen de mérito de la contienda, expuso las razones por las cuales estimó caducada la acción. Señaló la providencia la fecha de ocurrencia del hecho generador del perjuicio y la fecha de presentación de la demanda y concluyó que entre las dos había transcurrido un término superior al de caducidad señalado por el Decreto 01 de 1984, aplicable en su sentir, dentro de la filosofía jurídica que venía reiterando la Sala y que expuso, transcribiendo un fallo anterior de la misma Sección.

Aprecia la Sala que en los párrafos en mención aparece el razonamiento jurídico del cual el órgano juzgador extrajo la conclusión de que la norma aplicable era el decreto 01 de 1984 y la actividad intelectual que lo llevó a subsumir las circunstancias particulares del conflicto dentro de una filosofía jurídica que, equivocada o no, llevaba a una única decisión: la revocatoria de

la sentencia de mérito del Tribunal y la inhibición para conocer de fondo el asunto, por caducidad de la acción.

Es cierto que no se refirió la sentencia a las argumentaciones que sobre el particular presentaron tanto la parte demandada como la actora, lo que resulta explicable si se tiene en cuenta que la Sala avocó el examen en forma oficiosa, no porque debiera resolver alguna petición de las partes, pues en el proceso no se presentó oportunamente la excepción de caducidad de la acción; pero aún aceptando que debió hacerlo, esta omisión, reitera la Sala, no es suficiente para viciar de nulidad la sentencia por falta de motivación como lo pretende la recurrente, si como ya se evidenció basta leer la parte considerativa del fallo para conocer el por qué de la decisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por no encontrar fundada la causal invocada por el recurrente, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- NO PROSPERA el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del veinte (20) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

SEGUNDO.- Sin costas ni perjuicios por no aparecer causados. Cancélese la caución otorgada.

En firme la sentencia, vuelva el expediente a la Sección de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión del día primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Nubia González Cerón, Secretaria.

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY/ ASIGNACION DE RETIRO/ TIEMPO DE SERVICIO-Acumulación/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Procedencia/ **PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD**

Aunque el causante murió en marzo de 1968, o sea en vigencia del Decreto 981 de 1946, lo cierto es que al entrar a regir el Decreto 3187 de 1968 disponiendo en su artículo 58, que para efecto de la asignación de retiro, pensión de jubilación y otras prestaciones sociales, el tiempo de servicios se liquidará "teniendo en cuenta el servicio como suboficial o soldado de las Fuerzas Militares, debió aplicársele en virtud de la aplicación de normas de carácter general aceptada por el Consejo de Estado en la última de las providencias citadas como contrariadas, por serle más favorable a sus interesados. El recurso está llamado a prosperar, con base en la transgresión de la jurisprudencia sentada en la sentencia de julio 16 de 1980 sobre la aplicación de normas de carácter general que consagraban en ese momento la acumulación de tiempo de servicios prestados a diferentes entidades públicas.

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

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente Nº. S-182. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor : María del Carmen Alarcón viuda de Farfán.

Se procede a decidir el recurso extraordinario de súplica propuesto por el procurador judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Corporación el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), mediante la cual se confirmó el numeral primero y revocó el segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia consultada, denegándose en su lugar las demás súplicas de la demanda.

El fallo modificado, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dispuso :

"1.- Declárase el silencio de la administración.

"2.- La Policía Nacional, procederá a reconocer y pagar una pensión sustitutiva a favor de la cónyuge sobreviviente, MARIA DEL CARMEN ALARCON VDA. DE FARFAN, y los menores de edad LUIS EFRAIN, CRUZ MARINA, CARMEN TULIA, MARIA CRISTINA Y GONZALO FARFAN ALARCON, por el período comprendido entre el 21 de diciembre de 1972 y el 1o. de marzo de 1978, en una equivalencia del cincuenta por ciento (50%) del último sueldo devengado por Efraín Farfán Camelo como agente de la Policía Nacional.

"3.- Decláranse prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de diciembre de 1972.

"4.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5.- Se dará cumplimiento al presente fallo dentro del término legal del artículo 121 del C.C.A.".

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

1.- Efraín Farfán Camelo prestó servicios como soldado en el batallón de Infantería Bárbula desde el 11 de noviembre de 1953 hasta el día 10 de abril de 1955, tiempo que no le ha sido tenido en cuenta como tiempo doble para los efectos de sus servicios en la Policía Nacional como agente. Prestó también servicios en esta institución, por 11 años, 10 meses, 15 días, con baja por fallecimiento el día 1º de marzo de 1968, por causa del servicio, en misiones de vigilancia y restablecimiento del orden público y por muerte violenta.

2- Por solicitudes de fechas 9 de marzo de 1976 y 21 de noviembre de 1976 ante el señor Director de la Policía Nacional se pidió la acumulación de tiempo de servicios en el Ejército y Policía Nacional, para un total de 15

años, 7 meses, 03 días que corresponden a : 11 años, 15 días en la Policía Nacional como agente, 1 año, 06 meses, 29 días del lapso de tiempo doble del 11 de noviembre de 1953 al 10 de abril de 1955, o sea , 3 años, 1 mes, 28 días lo que da un total de 15 años, 3 días.

3.- María del Carmen Alarcón viuda de Farfán contrajo matrimonio con Efraín Farfán Camelo y de esta unión viven los menores Efraín, Cruz Marina, Carmen Tulia, María Cristina y Gonzalo Farfán Alarcón.

4.- La Dirección de la Policía Nacional levantó averiguaciones administrativas con expediente No. 2867 de 1968 y diligencias administrativas en relación al atentado personal del cual fue víctima el agente Farfán.

NORMAS VIOLADAS

Se citan las siguientes : Decreto-Ley 3187 de 1968 artículo 75; Ley 74 de 1945, artículo 6º; artículo 16 del C.S. del T. y Ley 2ª de 1945 art. 47.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a-quo accede parcialmente a las súplicas de la demanda al acoger el concepto rendido por el Fiscal Primero colaborador y encontrar probados los hechos referidos al tiempo doble de servicios en calidad de soldado del señor Farfán Camelo, y el prestado en la Policía Nacional, acumulándolos con aplicación a la Ley 72 de 1947, 74 de 1945 y decreto 981 de 1946.

EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sección Segunda de la Corporación confirma el fallo de primera instancia en cuanto declaró en el numeral primero del silencio de la administración, y lo revoca en cuanto a los demás, denegando las súplicas de la demanda, con fundamento en que, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 74 de 1945 y los artículos 8, 13 y 14 del Decreto 981 de 1946, vigentes al momento de la muerte del señor Farfán Camelo, el tiempo de servicio requerido para obtener el derecho a la pensión era de 15 años, y el computable para trasmitirla era el de trabajo en la Policía Nacional, únicamente en calidad de oficiales, suboficiales, Agentes Detectives y Dactiloscopistas, que fue para este caso de 12 años, 5 meses y 20 días comprobados por el Tribunal, en su condición de agente, sin que a este tiempo le fuera acumulable el servido como soldado en el Ejército Nacional, porque, "las normas reguladoras de pensiones especiales son de aplicación restringida y no es viable extenderlas, ni aún por razón de favorabilidad, a situaciones no previstas en ellas.":

EL RECURSO DE SUPLICA

El recurrente estima como contrariada la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias :

1.- Octubre 3 de 1951, Sala de Negocios Generales, actor: ABELARDO PARRA ROJAS.

2- Septiembre 24 de 1955; Sala de Negocios Generales, actor : JORGE MARTINEZ LANDINEZ.

3- Julio 16 de 1980; Sala de lo Contencioso Administrativo, actor : ANTONIO RODRIGUEZ VEGA.

4.- Abril 11 de 1951; Sala de Negocios Generales, Actor : ANTONIO MARIA DIAZ AMOROCHO.

5.- Julio 11 de 1958, Sala de Negocios Generales, actor: SATURNINO BELLO HURTADO.

Considera el señor apoderado de la actora, que mediante las sentencias que invoca, de las cuales solicita copias a la Relatoría, acredita la jurisprudencia que dejó de aplicarse por la Sección Segunda en el fallo recurrido en súplica, precisando su inaplicación en dos aspectos : a) No haberse acumulado el tiempo de servicios que prestó el señor Farfán Camelo como soldado, al tiempo de servicios como agente de la Policía Nacional por el reconocimiento de la pensión sustitutiva, y b) No habérsele dado en este sentido carácter retrospectivo al Decreto 3187 de 1968 (folios 1 y ss. cuaderno No. 2).

El proceso de instancia No. 246-10.289 se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia en noviembre de 1985 por lo cual previos los trámites del Decreto 3825 de 1985 se ordenó su reconstrucción por auto de 22 de septiembre de 1987 (folio 41, cuaderno No. 1).

SE CONSIDERA

Según informe No. 026 (folio 21, cuaderno No. 2) rendido por la Relatoría, las sentencias de octubre 3 de 1.951; abril 11 de 1951 y julio 11 de 1958, de las citadas por el recurrente, no se hallaron en los anales del Consejo de Estado.

El apoderado de la actora con memorial que obra a folio 37 del cuaderno No. 2, allegó xeroscopias de esos fallos autenticadas por el Notario dieciséis (16) de Santafé de Bogotá, D.C., con fecha 30 de julio de 1991, como tomadas del original que dice tuvo a la vista.

Como las otras dos providencias señaladas por la Relatoría, la de septiembre 24 de 1955, Sala de Negocios Generales, actor: JORGE MARTINEZ LANDINEZ y la de julio 16 de 1980, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, actor: ANTONIO RODRIGUEZ VEGA, fueron aportadas al expediente en xeroscopias junto con el informe No. 0256 de

julio 30 de 1991, pasará la Sala a citar de ellas los apartes que hacen referencia a los cargos formulados.

En la providencia de septiembre 24 de 1955, que se refiere a un General que luego de prestarle al Ejército servicios por más de 21 años, se retiró del servicio por solicitud propia, en vigencia del artículo 9º de la ley 115 de 1.928, que excluía del sueldo de retiro a los oficiales que se retiraran voluntariamente antes de cumplir 28 años de servicios, se dijo en algunos apartes con base en lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 100 de 1946, lo siguiente:

"Pero en el fallo por medio del cual se renunció a un sueldo o asignación de retiro al General Jorge Martínez Landinez se invocó también la vigencia del artículo 1o de la Ley 100 de 1946 y a este respecto observa la Sala:

""Cuando el susodicho General se retiró del servicio activo del Ejército hallándose ya consagrada por la legislación social respectiva y para los miembros de las Fuerzas Armadas la prestación denominada "sueldo" o "asignación de retiro". Solo que, cuando su baja se produjo no reunía él una de las condiciones exigidas por la ley para hacerlo acreedor entonces a la mentada prestación: esto es, se retiró el General con 21 años, 5 meses y unos días del servicio, cuando para los efectos indicados, requeríanse 22 años de actividad, así fuera por aproximación legal.

"Pero se expidió en 1946 la ley 100 que en su artículo 1º dispuso:

"El personal de Oficiales de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o a solicitud propia, a los quince (15) años de servicios, tendrán derecho, a partir de la fecha de su retiro definitivo, a que por la Caja respectiva se le pague una asignación mensual de retiro igual al cincuenta por ciento (50%) del sueldo correspondiente a su grado.".

"PARAGRAFO. Cuando el tiempo de servicio sea mayor de quince (15) años, la asignación de retiro se aumentará en un cuatro por ciento (4%) por cada año o fracción mayor de seis (6) meses, sin que el total pueda pasar del ochenta y cinco por ciento (85%) del sueldo de actividad.".

"Como se ve por medio de la disposición transcrita, de 22 se redujo a 15 el tiempo de servicios requerido para adquirir derecho a sueldo o asignación de retiro. Por virtud de esta fundamental modificación, el General Martínez Landinez, que con exceso había cumplido al servicio del Estado, como Oficial de las Fuerzas Militares, el lapso mínimo señalado por la ley nueva, adquirió el derecho a la prestación como

consecuencia de la aplicación retrospectiva que en materias sociales a ella debía darse.

"Y no fue el negocio en que se estudió la situación del General Jorge Martínez Landinez el primero que el Consejo de Estado resolviera, con aplicación retrospectiva de la ley relativa a prestaciones sociales. No. Ya anteriormente la Corporación, ajustando su decisión a un principio de justicia y de equidad generalmente aceptado, así retrospectivamente aplicó la legislación a esta materia relativa. Dígalo, si no, el fallo de 24 de septiembre de 1951, por medio del cual esta Sala del Consejo confirmó la Resolución número 1955 de 22 de febrero de 1950 proferida por la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, que, aprobada por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en favor de la señorita Matilde Torres Vergara reconoció una pensión de jubilación, retrotrayendo a su caso los preceptos de una ley sancionada con posterioridad a la fecha de su retiro definitivo del servicio público.".

"En segundo lugar debe la Sala insistir en que, de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley.".

En la sentencia de julio 16 de 1980 que hace referencia concreta a una acumulación de tiempo servido en el Ejército y en la Policía Nacional por el demandante, se dijo :

"Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trata de una que sea favorable al trabajador, pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia":

"Para saber si se puede aplicar al demandante la acumulación de los 13 años, 4 meses y 13 días servidos a la Policía Nacional y el año, 3 meses y 13 días en que ocupó el cargo de soldado en el ejercito, es necesario analizar las leyes 24 y 72 de 1947 que se refieren al tema.

"La primera de ellas dispuso en su artículos 1º, que derogó el 29 de la Ley 6ª de 1945:

"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y el salario o remuneración devengados en cada una de ellas.""

"La Fiscalía Cuarta, en su concepto de fondo, manifiestó que en su criterio esta norma no era aplicable a los militares puesto que la Ley 6ª dispuso en su artículo 26 que los empleados del ramo de guerra quedarán regulados exclusivamente por sus propias disposiciones.

"Esta interpretación de la fiscalía cuarta es demasiado exegética puesto que esta norma se refiere a ""entidades de Derecho Público"" entre las cuales se cuentan naturalmente, las adscritas al Ramo de Defensa. No se ve por qué este criterio general, de acumulación de tiempo de servicios para dichas entidades, no pueda aplicarse a todos los casos de acumulación de servicios ya que si bien el artículo 26 dispone que el ramo de guerra tendrá normas especiales se entiende en cuanto a su regulación específica sin que exista razón que permita excluirlos del ámbito de las normas que consagran principios generales tales como el indicado.

"Por otra parte el artículo 1º de la Ley 24 de 1947 se refiere a los ""los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de Derecho Público"" (subraya la Sala) y en el presente caso ni siquiera se trata de dos entidades diferentes sino de los organismos adscritos a una misma entidad al Ramo o Ministerio de Guerra, actualmente Ministerio de Defensa Nacional, perteneciente a la persona de Derecho Público llamada Nación.

"También se refiere a la acumulación, en forma indirecta, la Ley 72 de 1947 que, en su artículo 21, dispuso :

""Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja pagadora repetirá en las entidades obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicios del empleado en cada una de las entidades oficiales"".

""La fiscalía mencionada sostuvo que esta norma tampoco es aplicable al presente caso. Sin embargo, es evidente que instituye la acumulación al expresar que la Caja Nacional de Previsión puede ""repetir contra las entidades obligadas"", (subraya la Sala), pues está reconociendo el hecho de que la pensión puede haberse generado mediante la prestación de servicio a varias entidades entre ellas las pertenecientes al ramo de guerra.

"De manera que el artículo 1º de la Ley 24 y 2º de la Ley 72 de 1947 sustancialmente instituyen el principio de la acumulación del tiempo de servicios que comprende a todos los funcionarios y a todas las entidades. Pero, aceptando en gracia de discusión que no fueran aplicables al ramo

de guerra lo sería analógicamente según lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, en cuanto suplirían el vacío en materia semejante en el ramo de guerra y también lo sería con un argumento *a fortiori*: si esas normas autorizan acumular el tiempo servido a entidades de Derecho Público con mayor razón es posible en relación con los servicios prestados a diferentes dependencias de una misma entidad de Derecho Público, en este caso, la Nación".

La no acumulación del tiempo de servicio que prestó el señor Farfán Camelo como soldado, al servicio como agente de la Policía Nacional, para el no reconocimiento de la pensión sustitutiva, viene a ser el fundamento para afirmarse que en la providencia suplicada no se le dio al Decreto 3187 de 1968 artículo 58, carácter retrospectivo, contrariando así la orientación jurisprudencial dada por el Consejo de Estado a ese tema de las prestaciones sociales.

Aunque el señor Farfán Camelo murió en marzo de 1968, o sea en vigencia del Decreto 981 de 1946, lo cierto es que al entrar a regir el Decreto 3187 de 1968 disponiendo en su artículo 58, que para efecto de la asignación de retiro, pensión de jubilación y otras prestaciones sociales, el tiempo de servicios se liquidará "teniendo en cuenta el servicio como suboficial o soldado de las Fuerzas Militares, debió de aplicársele en virtud de la aplicación de normas de carácter general aceptada por el Consejo de Estado en la última de las providencias anotadas, por serle más favorable a sus interesados.

De lo anotado y explicado, se concluye que el recurso está llamado a prosperar, con base en la transgresión de la jurisprudencia sentada en la sentencia de julio 16 de 1980 sobre la aplicación de normas de carácter general que consagraban en ese momento la acumulación de tiempo de servicios prestados a diferentes entidades públicas.

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 : *Infírmase* la sentencia de diciembre 10 de 1990, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en su lugar se dispone:

Confírmase la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de septiembre de 1983.

SEGUNDO : *Devuélvase* el expediente a la Sección de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día primero (1) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY-Improcedencia/**PERSONAL MILITAR**-Asignación de Retiro

A mi juicio no es posible la aplicación del artículo 58 del Decreto 3187 de 1968 al caso en estudio, toda vez que el señor Farfán Camelo murió en marzo de 1968 y el citado Decreto entró en vigencia en diciembre del mismo año, lo que implicaría la aplicación retroactiva de la norma.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

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

Referencia: Expediente Nº. S-182. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor : María del Carmen Alarcón viuda de Farfán.

Mi discrepancia con el fallo que antecede se refiere a la afirmación de su parte considerativa en el sentido de que:

"Aunque el señor Farfán Camelo murió en marzo de 1968, o sea en vigencia del Decreto 981 de 1946, lo cierto es que al entrar a regir el Decreto 3187 de 1.968 disponiendo en su artículo 58, que para efecto de la asignación de retiro, pensión de jubilación y otras prestaciones sociales, el tiempo se liquidará 'teniendo en cuenta el servido como suboficial o soldado de las Fuerzas Militares, debió de aplicársele en virtud de la "retrospectividad"aceptada por el Consejo de Estado en las providencias anotadas, por serle más favorable a sus interesados".

A mi juicio, no es posible la aplicación del artículo 58 del Decreto 3187 de 1968 al caso en estudio, toda vez que el señor Farfán Camelo murió en Marzo de 1968 y el citado decreto entró en vigencia en Diciembre del mismo año de 1968, lo que implicaría la aplicación retroactiva de la norma.

Consuelo Sarria Olcos

Fecha *ut supra.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia/ **AUTONOMIA JUDICIAL/ JURISPRUDENCIA-** Naturaleza

La autonomía judicial, constitucionalmente consagrada, no se respeta por el recurso del cual nos ocupamos, por cuanto, bien puede cada una de las salas, con fundamento en la independencia judicial, apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esto viole la Constitución. Contrario sensu la posibilidad de hacer prevalecer esta última a través del recurso, si riñe con el precepto constitucional antes transitorio.

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

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. S-285 Actor: Nike International Ltd.

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el *recurso ordinario de súplica* interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad PANAM DE COLOMBIA DE CALZADO, "PANAM COLOMBIA S.A.", parte opositora dentro del proceso de la referencia, contra el auto de 16 de julio de 1992.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

ANTECEDENTES:

1) El recurrente, interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de mayo 21 de 1992, dictada por la Sección Primera de la Corporación dentro del asunto de la referencia.

2) El Consejero a quien por reparto correspondió el trámite, con fundamento en las consideraciones expuestas en la sentencia de julio 10 del año en curso, dictada en el proceso No. S-275 , actor: BANCO CAFETERO C/LA NACION, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no dio curso al recurso extraordinario de súplica.

3) La providencia que sirvió de fundamento al auto suplicado, en lo pertinente dispuso:

> Dispuso el artículo 130 del C.C.A., que "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 Corporación" procede el recurso Extraordinario de Súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
>
> Sabido es que el origen de esta disposición, que introdujo al C.C.A., la reforma consagrada en el Decreto 2304 de 1989, fué (sic) el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 cuya vigencia había sido controvertida. Sabido es también que la finalidad perseguida con dicho recurso desde su iniciación en 1975 fué (sic) la de lograr la unificación de la jurisprudencia o, por lo menos, evitar la producción dispersa y hasta posiblemente contradictoria que pudieran dictar las Secciones en que se dividió la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo cual condujo a la Corporación a adoptar como patrón jurisprudencial, para los efectos de este recurso, la producida por la Sala en pleno y no por la de cada una de las Secciones.
>
> Pues bien. Esta concepción de la función judicial alrededor de la jurisprudencia sufrió un considerable cambio al ser expedida la nueva Constitución Política en la que en forma deliberada, por haber sido objeto de debate doctrinario, se consagró la preeminencia de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia, en la actividad judicial, en los siguientes términos:
>
> "ARTICULO 230.
>
> Los jueces en sus providencias, sólo están (sic) sometidos al imperio de la ley.
>
> La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Esta norma constitucional implica que cada una de las Secciones entre las cuales están distribuidas las funciones de la Sala Contencioso Administrativa, con criterio de especialización, bien puede apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esta posición constituya causal de recurso que puede conllevar la revocatoria de sus providencias, ya que sus decisiones, en principio, están sujetas solamente a la LEY y en ella se fundamentarán las causales para atacar sus providencias en recursos extraordinarios.

Dentro del nuevo derrotero señalado por la Constitución, bien puede adoptar como criterio interpretativo la jurisprudencia de la Sala Plena como criterio auxiliar, más no obligatorio.

Al anterior principio expresamente consagrado en la Constitución de 1991, se agrega el de la independencia de las decisiones judiciales resaltado por el artículo 299 de la misma Carta.

En consecuencia y en concepto de esta Sala, cuando alguna Sección - acoja sin aprobación de la Sala Plena doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, ha dejado de ser motivo del recurso extraordinario de súplica consagrado en los dos primeros incisos del Art. 130 del C.C.A. Como el fundamento de dicho recurso resulta incompatible con la nueva Carta Política con base en el artículo 4o. de la misma, lo estima improcedente.

FUNDAMENTO DEL RECURSO:

El recurso ordinario de súplica, tiene por objeto que la providencia suplicada se revoque y en su lugar se disponga el trámite y resolución del recurso extraordinario de súplica, para lo cual expone las siguientes razones:

a) Que el recurso extraordinario de súplica fue creado por la ley con un objetivo específico y en consecuencia no es inconstitucional.

b) La inconstitucionalidad no puede ser declarada mediante un acto dictado por el ponente, sino que requiere de una declaración de la totalidad de la Sala Plena y mediante el cumplimiento de todas las etapas de un recurso ya admitido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 10 de julio del año en curso, dictada en el proceso No. S-275, actor: BANCO CAFETERO C/LA NACION, Consejero Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE en la cual, el suscrito consignó su voto favorable, encontró que el

recurso extraordinario de súplica resultaba contrario al espíritu y letra de la nueva Carta Política y en tal virtud lo declaró improcedente.

2) Le sirvieron de fundamento a aquella decisión, las siguientes razones:

a) El recurso extraordinario de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por las Secciones del Consejo de Estado, cuando sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

b) La C. N. de 1991 en su artículo 230, dispuso:

> Los jueces en sus providencias solo están sujetos al imperio de la ley. La equidad, *la jurisprudencia* y la doctrina *son criterios auxiliares de la actividad judicial* (Sublíneas fuera del texto).

3) El texto anterior significa que la principal fuente de derecho a partir de la nueva Carta Política, es la ley. La jurisprudencia y la doctrina quedan tan solo con la función subalterna de criterio auxiliar en el proceso de interpretar la ley, que es el instrumento jurídico regulador de las conductas humanas.

4) La desbordada preponderancia que da el recurso extraordinario de súplica a las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, hasta llegar a infirmar una sentencia por contraposición de jurisprudencia, contraría abiertamente el principio contenido en el artículo 230 de la nueva codificación constitucional.

5) En el artículo 228 de la C. N., expresamente se consagró el principio de independencia de las decisiones judiciales, en los siguientes términos:

> La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Esa autonomía judicial, constitucionalmente consagrada, no se respeta por el recurso del cual nos ocupamos, por cuanto, como bien lo dice la providencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en virtud del precepto constitucional, bien puede cada una de las salas, con fundamento en la independencia judicial, apartarse de la jurisprudencia de la Sala Plena, sin que esto viole la Constitución. *Contrario sensu* la posibilidad de hacer prevalecer esta última a través del recurso, sí riñe con el precepto constitucional antes transcrito.

El cuanto al último punto, deberá decirse que la decisión que prohijó la incompatibilidad del recurso extraordinario de súplica con la nueva Carta (arts. 4 y 230) fue llevada por importancia del tema, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la cual aprobó por mayoría la ponencia del señor Consejero Dr. JAIME ABELLA ZARATE, en el expediente S-275, actor: BANCO CAFETERO C/LA NACION, y en consecuencia, el auto que no dio curso al presente recurso extraordinario, se dictó en armonía con lo dispuesto por la citada sentencia de la Sala Plena Contenciosa.

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

RESUELVE:

CONFIRMARSE el auto de julio 16 del año en curso, mediante el cual no dio curso al recurso extraordinario de súplica, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente a la Sección de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión del día quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Alvaro Lecompte Luna, Presidente, salvó el voto; *Clara Forero de Castro,* Ausente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas B.,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo,* Ausente; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* salvó Voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Amado Gutiérrez V., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas,* salvó el voto; *Jorge Penen Deltieure, Consuelo Sarria Olcos,* salvó el Voto; *Daniel Suárez Hernández, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA
(Salvamento de voto)

Cuando en ejercicio de un recurso de súplica se invoca la jurisprudencia de la Sala Plena como modificada por una decisión de Sección, se está planteando una violación de la ley, en este caso del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, ya que el hecho de que exista una determinada posición jurisprudencial sobre determinada materia no significa que quien va a proferir una decisión está obligado a seguirla, sino que si considera necesario cambiarla debe llevar el tema a la Sala Plena, ya que es ésta la competente para tal efecto. El artículo 230 no puede tener como efecto que el recurso de súplica haya dejado de existir, ya que por una parte, dicha disposición, simplemente establece lo que desde siempre ha enmarcado el ejercicio de la función de administrar justicia en un sistema de derecho legislado como el nuestro y por otra, en el caso específico del recurso de súplica el juez está sometido a la ley y es la ley, la que dispone que los cambios de jurisprudencia son de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

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

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Radicación Nº. S-285. Actor: Sociedad Nike International Ltda.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria de la Sala, contenida en el auto que antecede, procedo a expresar las razones de mi discrepancia:

El recurso de súplica fue previsto en el artículo 2o. de la ley 11 de 1975 en los siguientes términos:

> "Artículo 2o. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso, respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.
>
> "En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo"

Lo anterior como mecanismo para hacer efectivo el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, según el cual las secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado funcionan separadamente, pero cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia tienen que actuar *conjuntamente*.

De acuerdo con las normas anteriores, la Corporación ha considerado que la finalidad del recurso de súplica es la de unificar la jurisprudencia de la Corporación, producida a través de las diferentes Secciones que la conforman, y para ello se dispuso que la competencia para modificar la jurisprudencia corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado, ya que las secciones, individualmente consideradas, no tienen competencia para hacerlo.

Los términos del artículo 24 del Decreto 528 de 1964 son claros cuando establecen quién es competente para modificar la jurisprudencia: La Sala Plena del Consejo de Estado, sin que pueda afirmarse que se está dando a la jurisprudencia el carácter de precedente obligatorio para quien profiere una decisión dentro del proceso contencioso administrativo, sin que implique su estancamiento, y sin que se le dé el carácter de ley.

De acuerdo con lo anterior cuando en ejercicio de un recurso de súplica se invoca la jurisprudencia de la Sala Plena como modificada por una decisión de Sección, se está planteando una violación de la ley, en este caso del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, ya que de acuerdo con lo expuesto, el hecho de que exista una determinada posición jurisprudencial sobre determinada materia no significa que quien va a proferir una decisión está obligado a seguirla, sino que si considera necesario cambiarla debe llevar el

tema a la Sala Plena, ya que es ésta la competente para tal efecto, en los términos ya precisados.

Ahora bien, la nueva Constitución dispuso en su artículo 230 que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, norma que a mi juicio, no puede tener como efecto que el recurso de súplica haya dejado de existir, ya que por una parte, dicha disposición, simplemente establece lo que desde siempre ha enmarcado el ejercicio de la función de administrar justicia en un sistema de derecho legislado como el nuestro y por otra, en el caso específico del recurso de súplica el juez está sometido a la ley y es la ley, la que dispone que los cambios de jurisprudencia son de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, según lo dispone la norma mencionada. (Artículo 24 del Decreto 528 de 1964).

Al disponer, la nueva Constitución que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, no modifica el régimen legal previsto para el recurso de súplica a que se ha hecho referencia.

Por las razones expuestas no puedo compartir la decisión de la Sala de declarar improcedente el recurso Extraordinario de Súplica interpuesto en el caso de autos.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha: *ut supra*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA
(Salvamento de voto)

El artículo 230 de la Constitución no consagró nada nuevo y no hizo perder ni a la jurisprudencia -y tampoco a la equidad, ni a los principios generales del derecho ni a la doctrina- su fuerza vinculante e interpretativa de las leyes para poder acomodar éstas al caso concreto que se juzga en determinado momento.

SALVAMEMTO DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

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

Referencia: Expediente Nº. S-285 RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA. Actor: Nike International Ltda.

Con sumo respeto por la decisión adoptada por la ilustrada mayoría, según la cual ha de confirmarse el auto de 16 de julio de este año que dictado en sala unitaria resolvió no dar curso a la súplica extraordinaria interpuesta contra un fallo de la Sección Primera, el suscrito se permite puntualizar las razones jurídicas de su discrepancia, así:

1.- Como es bien sabido, en virtud del decreto-ley 528 de 1964 y para desarrollar el art. 217 de la Carta vigente en la época, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado quedó subdividida en cuatro secciones (art. 22), las que deben obrar separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia,

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA
(Salvamento de voto)

Cuando en ejercicio de un recurso de súplica se invoca la jurisprudencia de la Sala Plena como modificada por una decisión de Sección, se está planteando una violación de la ley, en este caso del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, ya que el hecho de que exista una determinada posición jurisprudencial sobre determinada materia no significa que quien va a proferir una decisión está obligado a seguirla, sino que si considera necesario cambiarla debe llevar el tema a la Sala Plena, ya que es ésta la competente para tal efecto. El artículo 230 no puede tener como efecto que el recurso de súplica haya dejado de existir, ya que por una parte, dicha disposición, simplemente establece lo que desde siempre ha enmarcado el ejercicio de la función de administrar justicia en un sistema de derecho legislado como el nuestro y por otra, en el caso específico del recurso de súplica el juez está sometido a la ley y es la ley, la que dispone que los cambios de jurisprudencia son de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

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

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Radicación Nº. S-285. Actor: Sociedad Nike International Ltda.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria de la Sala, contenida en el auto que antecede, procedo a expresar las razones de mi discrepancia:

El recurso de súplica fue previsto en el artículo 2o. de la ley 11 de 1975 en los siguientes términos:

> "Artículo 2o. Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso, respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.
>
> "En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo"

Lo anterior como mecanismo para hacer efectivo el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, según el cual las secciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado funcionan separadamente, pero cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia tienen que actuar *conjuntamente.*

De acuerdo con las normas anteriores, la Corporación ha considerado que la finalidad del recurso de súplica es la de unificar la jurisprudencia de la Corporación, producida a través de las diferentes Secciones que la conforman, y para ello se dispuso que la competencia para modificar la jurisprudencia corresponde a la Sala Plena del Consejo de Estado, ya que las secciones, individualmente consideradas, no tienen competencia para hacerlo.

Los términos del artículo 24 del Decreto 528 de 1964 son claros cuando establecen quién es competente para modificar la jurisprudencia: La Sala Plena del Consejo de Estado, sin que pueda afirmarse que se está dando a la jurisprudencia el carácter de precedente obligatorio para quien profiere una decisión dentro del proceso contencioso administrativo, sin que implique su estancamiento, y sin que se le dé el carácter de ley.

De acuerdo con lo anterior cuando en ejercicio de un recurso de súplica se invoca la jurisprudencia de la Sala Plena como modificada por una decisión de Sección, se está planteando una violación de la ley, en este caso del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, ya que de acuerdo con lo expuesto, el hecho de que exista una determinada posición jurisprudencial sobre determinada materia no significa que quien va a proferir una decisión está obligado a seguirla, sino que si considera necesario cambiarla debe llevar el

tema a la Sala Plena, ya que es ésta la competente para tal efecto, en los términos ya precisados.

Ahora bien, la nueva Constitución dispuso en su artículo 230 que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley y que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, norma que a mi juicio, no puede tener como efecto que el recurso de súplica haya dejado de existir, ya que por una parte, dicha disposición, simplemente establece lo que desde siempre ha enmarcado el ejercicio de la función de administrar justicia en un sistema de derecho legislado como el nuestro y por otra, en el caso específico del recurso de súplica el juez está sometido a la ley y es la ley, la que dispone que los cambios de jurisprudencia son de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, según lo dispone la norma mencionada. (Artículo 24 del Decreto 528 de 1964).

Al disponer, la nueva Constitución que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, no modifica el régimen legal previsto para el recurso de súplica a que se ha hecho referencia.

Por las razones expuestas no puedo compartir la decisión de la Sala de declarar improcedente el recurso Extraordinario de Súplica interpuesto en el caso de autos.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha: *ut supra*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA
(Salvamento de voto)

El artículo 230 de la Constitución no consagró nada nuevo y no hizo perder ni a la jurisprudencia -y tampoco a la equidad, ni a los principios generales del derecho ni a la doctrina- su fuerza vinculante e interpretativa de las leyes para poder acomodar éstas al caso concreto que se juzga en determinado momento.

SALVAMEMTO DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

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

Referencia: Expediente Nº. S-285 RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA. Actor: Nike International Ltda.

Con sumo respeto por la decisión adoptada por la ilustrada mayoría, según la cual ha de confirmarse el auto de 16 de julio de este año que dictado en sala unitaria resolvió no dar curso a la súplica extraordinaria interpuesta contra un fallo de la Sección Primera, el suscrito se permite puntualizar las razones jurídicas de su discrepancia, así:

1.- Como es bien sabido, en virtud del decreto-ley 528 de 1964 y para desarrollar el art. 217 de la Carta vigente en la época, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado quedó subdividida en cuatro secciones (art. 22), las que deben obrar separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia,

caso en el cual ha de hacerlo conjuntamente, previa convocatoria hecha por la respectiva sección que esté conociendo del asunto (art. 24).

2o.- Dado que esto no se cumplía en la práctica y con el fin de mantener la unidad de la Corporación, se expidió la ley 11 de 1975 y, en su art. 2o. se instituyó el denominado "recurso extraordinario de súplica", diciéndose:

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

3o.- Para los mismos propósitos, el decreto-ley 2304 de 1989, mediante su art. 21, subrogó el art. 130 del Código Contencioso Administrativo, estatuyendo:

> "Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluídos 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..."

4o.- El art. 230 de la Constitución de 1991 elevó a la categoría de "norma de normas" (art. 4o), un viejo principio ya consignado desde antes por una ley de un rango especial, puesto que no fue adoptada por el Congreso sino por el propio Consejo Nacional de Delegatarios que por el artículo transitorio C de la Carta de 1886 asumió "funciones legislativas". Esa ley, la 153 de 1887, determinó unas reglas de hermenéutica, según las cuales se estableció la primacía de la ley escrita y, sobre todo, de la denominada "ley sustantiva" sobre las demás fuentes formales del Derecho, como fácilmente se observa al leer su art. 4o. que dice:

> "Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

Igual espíritu aletea en el art. 5o.:

> "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes."

De manera que al decir el art. 230 de la nueva Carta que:

"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley

y que,

"La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial",

no consagró nada nuevo y no hizo perder ni a la jurisprudencia -y tampoco a la equidad, ni a los principios generales del derecho ni a la doctrina- su fuerza vinculante e interpretativa de las leyes para poder acomodar éstas al caso concreto que se juzga en determinado momento.

5o.- El Consejo de Estado, al tenor de la Nueva Constitución, sigue siendo un solo cuerpo, sigue siendo una unidad, pero para efectos de "separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley", se dividirá en salas y secciones. Así, su función jurisdiccional como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, se cumple al través de secciones, que han sido creadas por el Decreto-ley 528 de 1964 para hacer de su trabajo algo más expedito y ágil, y por ello unas cumplen tareas específicas o especializadas, y otra asuntos de competencia residual.

Sin embargo, se repite, el Consejo de Estado continúa siendo una unidad, una sola corporación, y de allí que no puede haber tantos criterios jurisprudenciales, tantas reglas basadas en la equidad o en los principios generales de derecho como secciones haya, sin que sea posible al interesado ocurrir para ante la Sala Plena para que se fije un criterio de unidad. Y ello se logra, cree el suscrito, en lo que atañe a la jurisprudencia, mediante el recurso extraordinario de súplica. Sin él, esa unidad se resquebraja.

Por todo ello, el suscrito no ve que el art. 230 de la nueva Carta impida que el mencionado recurso mantenga su vigencia.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: *ut supra*

NOTA DE RELATORIA: Los salvamentos de las Doctoras DOLLY PEDRAZA DE ARENAS Y MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, son los mismos suscritos con ocasión del estudio del Exp. S-275, sentencia de julio 10 de 1993. Ponente: Dr. JAIME ABELLA ZARATE, Actor: Banco Cafetero, cuyo texto se encuentra publicado en este mismo todo de anales.

SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia/ INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES/ PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

La ineptitud de la demanda por indebida acumulación de acciones a la que se refiere la jurisprudencia citada como contrariada es de tal naturaleza que por sus causales y consecuencias, de conformidad con jurisprudencia y doctrina reiteradas, impide llegar a conocer el fondo del asunto, mientras que los defectos que hacen imperfecta la demanda -en este caso "que no se pueda establecer qué normas de las acusadas violan cuáles de las que se invocan como transgredidas o si todas aquellas vulneran a todas éstas"- no impiden, un pronunciamiento de mérito en virtud del poder de interpretación de que dispone el juzgador y de 1 prevalencia del derecho sustancial sobre el instrumento ahora de rango constitucional, máxime cuando "existen elementos de acusación que así lo ameritan", circunstancia esta que impide hablar de la ausencia del correspondiente presupuesto procesal.

TERCEROS/ COADYUVANTE/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia

La providencia citada como contrariada trata de la posibilidad que en la acción de nulidad tiene cualquier persona para pedir que se le tenga como parte coadyuvante y con la calidad de parte principal. En la sentencia suplicada, no se niega el derecho de intervenir en el proceso; tampoco se discute, ni se determina la calidad -principal o accesoria- a que tenga derecho, simplemente, al fijar los términos

de la contienda dentro de los parámetros señalados por el actor, se limitan las facultades de su intervención al marco diseñado en la demanda.

La providencia en que se apoya el suplicante, no señala los derechos del coadyuvante de la demanda, y si bien es cierto que en forma un tanto imprecisa le da al interviniente la calidad de principal, no lo es menos que una jurisprudencia posterior le restringe su intervención al de simple subordinado, al negarle la facultad de variar el diseño estructural del libelo demandatorio.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref: Expediente No. S-159. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: Pedro Nel Escorcia Castillo.

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el Dr. Carlos Alberto Navia Raffo en su calidad de coadyuvante del actor contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Corporación, el 13 de julio de 1990 mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda dentro de un juicio de nulidad promovido por el ciudadano Pedro Nel Escorcia Castillo contra la totalidad del Decreto Reglamentario No.1869 del 12 de septiembre de 1988, expedido por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Comunicaciones.

A. ANTECEDENTES.

1.- En ejercicio de la acción pública de nulidad el abogado Pedro Nel Escorcia Castillo solicitó la anulación, previa suspensión provisional, del Decreto No. 1869 de 1988 expedido por el Presidente de la República y mediante el cual "se reglamenta la Ley 55 de 1985, en relación con el recaudo y pago al Tesoro Nacional del impuesto establecido por el artículo 15 de la mencionada Ley".

2.- En la acción propuesta considera el demandante que el acto impugnado viola los artículos 43, 76 numerales 1 y 12, 120 numerales 3 y 11, y 207 de la Constitución Nacional; 158 del Decreto 01 de 1984; 15 de la Ley 55 de 1985 y el Decreto 129 de 1976.

Y, al expresar el concepto de la violación dice en síntesis que el Gobierno haciendo uso anticipado e inconstitucional de facultades que no le han sido concedidas por el Congreso y ejerciendo potestades no conferidas por la Ley 55 de 1985, modifica el destino del impuesto creado por ésta, dándole a Focine el poder de administrar el gravamen del 16% del valor neto de las boletas de ingreso a las salas de exhibición cinematográfica y autorizándole el recaudo, liquidación, determinación, discusión y control del mismo, cuando la Ley 55 de 1985 en su artículo 15 determina que sólo 8.5 puntos deben ingresar al Fondo de Fomento Cinematográfico administrado por Focine sin que lo autorice para recaudar, cobrar y determinar el 7.5 restante.

3.- En auto del 10 de marzo de 1989 se admitió la demanda, pero a su vez se denegó la suspensión provisional solicitada, motivo, este último, por el cual, tanto el actor como el Dr. Carlos Alberto Navia Raffo, previa solicitud en el sentido de que se le tuviera como parte coadyuvante, interpusieron recurso de súplica contra el citado auto.

4.- En esta ocasión el coadyuvante a la lista de normas citadas como violadas en la demanda, agrega las contenidas en los artículos 32, 38, 55, 59, 60 y 118-8 de la Constitución Nacional, y en los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976. Además señala artículos concretos y específicos del Decreto acusado.

5.- El recurso de súplica no prosperó, pues según criterio de la Sala de Decisión, plasmado en auto de 30 de junio de 1989, no se daban los supuestos de ley para decretar la suspensión provisional.

6.- El señor Agente del Ministerio Público solicitó a la Sección un pronunciamiento inhibitorio después de considerar que la demanda adolece de técnica en la formulación de los cargos, pues no se reprocha, en forma determinada y específica ninguno de los artículos del acto impugnado y aunque la intervención del coadyuvante en parte subsana las omisiones del demandante, tal coadyuvancia no puede ampliar el ámbito de la pretensión que no diseñó el actor, pues ni es autónoma, ni quien la ejerce, parte principal en el proceso.

B. LA SENTENCIA RECURRIDA.

Es la proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 13 de julio de 1990, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda dentro del proceso No. 2328 sobre la nulidad del Decreto Reglamentario No. 1869 del 12 de septiembre de 1988, solicitada por el Dr. Pedro Nel Escorcia Castillo.

Se concluye en la sentencia, que no aparece demostrado que las normas constitucionales y legales que se invocan como quebrantadas por el Decreto

acusado, lo hayan sido, después de considerar, de una parte que FOCINE tiene atribución legal para la administración del impuesto en relación con todo su producido a la tarifa del 16%, y de otra, que el Gobierno tenía, conforme a la Constitución Nacional, no sólo la facultad sino también la obligación de reglamentar la ley con miras a su cumplida ejecución.

C. MOTIVO DEL RECURSO Y JURISPRUDENCIAS CONTRARIADAS

Dice el suplicante que la sentencia que recurre se pronuncia de mérito sobre las pretensiones de la demanda, negándolas, no obstante reconocer paladinamente que "existe grande dificultad para avocar el estudio de esta demanda, *generada en la forma como se plantearon las pretensiones en el libelo*, ya que ellas dicen relación con la globalidad de un decreto reglamentario cuyo texto alcanza los 31 artículos. *Ello determina que no se pueda establecer qué normas de las acusadas violan cuales de las que se invocan como transgredidas o si todas aquellas vulneran a todas éstas*" (subraya), lo cual califica de "imperfección de la demanda", para agregar más adelante:

> "En relación con estos aspectos, que son glosados tanto por el opositor en sus diferentes alegatos, como por la Fiscalía en su documentada vista de fondo, primero para solicitar sentencia inhibitoria por ineptitud de la demanda (en lo que concuerda con la Fiscalía) y el segundo para conceptuar que no debe ser tomado en cuenta el escrito del coadyuvante, particularmente en cuanto introduce en el debate razones de anulación no planteadas por el demandante, *la Sala los comparte parcialmente y por ello aunque anotando, como queda hecho, los defectos de la demanda, estima que no obstante ellos deberá pronunciarse emitiendo fallo de fondo* por cuanto existen elementos de acusación que así lo ameritan".

En los pronunciamientos anteriores se fundamenta el recurrente para estimar que el fallo impugnado ha debido concluír con sentencia inhibitoria, y no de mérito desestimatorio de las pretensiones de la demanda, pues había destacado inicialmente que ella adolecía de defectos de magnitud tal que impedían a la Sección Cuarta pronunciarse de fondo sobre las súplicas del libelo.

Por ello, al formular el *primer cargo* contra la sentencia, dice el suplicante que ésta contraría jurisprudencia contenida en las siguientes providencias:

1a. Sentencia del 6 de febrero de 1990 (Expediente No. S-127, Actores y recurrentes Guillermo Neissa R. y Beatriz G. de Neissa con ponencia del H. Consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna). Oportunidad en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo expresó:

"Como es sabido, la inhibitoria es un fenómeno procesal que nace de un defecto del libelo. Si por la demanda se inicia el proceso y si en ella y por ella se ejerce el poder de accionar y se deduce la pretensión, al decir de Arias (Curso de Derecho Procesal Civil, Edit. M.B.A., 1974 P. 112) no son necesarias mayores disquisiciones para concluir que si peca gravemente en alguno de sus aspectos básicos *el juez administrativo no puede dirimir de fondo la controversia* que plantee aunque el argumento fundamental que contenga para solicitar su pretensión sea la falsedad de motivos.(El subrayado y las negrillas son míos)".

De conformidad con el informe rendido por la Relatoría de la Corporación, la tesis expuesta en la sentencia precitada, se concreta en el siguiente aparte:

"(...) en ejercicio de la acción de plena jurisdicción se demandó la nulidad de dos actos administrativos individuales y concretos y uno de tipo abstracto u objetivo, tal como concluyó la Sección Primera en la sentencia recurrida, lo que la llevó, según su criterio, a estimar que hubo indebida acumulación de acciones, lo que dio lugar a la inhibitoria por ineptitud de la demanda".

2o. Sentencia de 11 de noviembre de 1987 (Expediente No. R-063. Actor: Adela de Jesús Rivera vda. de Arias y otros con ponencia del H. Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo), donde la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expuso:

"Para éste (el recurrente) la Sección Segunda con el fallo inhibitorio recurrido violó directamente las normas sustantivas que consagran el derecho de los docentes de Risaralda por falta de aplicación.

"Si la sentencia hubiera sido desestimatoria de mérito se entendería esta clase de infracción. Pero *ante la inhibición no tiene sentido afirmar que el juzgador violó directamente, por falta de aplicación, unos preceptos que no tuvo que manejar al dictar su fallo, porque éste, dada la índole del obstáculo procesal impediente, no pudo referirse, en ningún sentido y bajo ningún pretexto, a la relación jurídica sustancial debatida.* (subrayado)".

"Obsérvese, en otros términos, el planteamiento del recurrente. Este da a entender que como la acumulación era procedente y no indebida como lo estimó la Sección Segunda en el fallo recurrido, éste violó directamente las normas sustantivas que no aplicó y que contemplan el derecho de los docentes al subsidio familiar.

"La presentación hecha muestra claramente que esa inaplicación se debió a la interposición de un obstáculo procesal, como fue la apreciación

hecha por el juzgador de que se daba una acumulación indebida de pretensiones.

"Sólo cuando el juzgador considera que se dan los presupuestos para la sentencia de mérito podrá violar con su decisión directamente la ley sustancial que consagra el derecho pretendido, si no aplica, la interpreta erróneamente o la aplica indebidamente. Porque, en el caso contrario, el obstáculo procesal que reconoce el juzgador como impedimento de ese fallo de mérito no le permite hacer la subsunción de los supuestos de la norma que consagra el derecho reclamado. Y al no hacerlo no podrá hablarse de que violó directamente unas normas que no pudo en forma alguna considerar".

Dice la Relatoría que en este fallo se reitera la tesis de que el recurso extraordinario de anulación resulta improcedente frente a sentencias inhibitorias.

3o. Sentencia del 12 de julio de 1988, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo. Exp. R-095. Actor: José Guillermo Rodríguez Navarrete, oportunidad en la cual se reiteró la doctrina contenida en la sentencia del 11 de noviembre de 1987.

En la sentencia precitada la Sala confirma su criterio en el sentido de que el recurso extraordinario de anulación no procede en relación con sentencias inhibitorias porque la violación de normas de carácter sustantivo no puede ser, en principio, sino indirecta.

Finalmente, cita también el recurrente como contrariadas providencias que por ser de Sección, no merecen la atención de la Sala a la luz de reiterada jurisprudencia de la Corporación, según la cual las providencias de Sección no son susceptibles de estudio dentro del recurso extraordinario de súplica.

Respecto del primer cargo la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones,

Sea lo primero observar que tal como lo concibió la Relatoría, la jurisprudencia contenida en la sentencia del 6 de febrero de 1990 que en esta oportunidad y en primer término se cita como contrariada se pronunció con motivo de un recurso extraordinario de súplica interpuesto contra un fallo inhibitorio después de concluir que la demanda era inepta por indebida acumulación de acciones como quiera que se demandaban en ejercicio de la misma acción, dos actos de carácter particular y uno de carácter general. El recurso se fundamentó en tal ocasión en violación de jurisprudencias según las cuales "cuando se trata de falsedad de motivos, se debe fallar en el fondo"

y "cuando el acto es complejo se deben demandar todos los actos que intervinieron en la actuación administrativa".

Ante la situación descrita la Sala Plena del Consejo de Estado dijo, en la parte que ahora se estima quebrantada, que "la inhibición es un fenómeno procesal que nace de un defecto del libelo" y que "no son necesarias mayores disquisiciones para concluir que si peca gravemente en algunos de sus aspectos básicos, el juez administrativo no puede dirimir de fondo la controversia que plantee aunque el argumento fundamental que contenga para solicitar su pretensión sea "la falsedad de motivos"".

Renglones antes, la misma providencia había expresado:

> "Pero si, por cualquier eventualidad, el Juzgador encuentra que hay factores que le impiden conocer de la esencia de las exposiciones del libelo demandatorio, resulta patente que sería absurdo que se adentrara en cuestiones que ataquen la presunción de legalidad de un acto sobre el cual no podría discernir".

De la jurisprudencia precitada se desprende la procedencia de un fallo inhibitorio en circunstancias especiales como cuando "el juzgador encuentra que hay factores que le impiden conocer de la esencia de las exposiciones del libelo demandatorio"; o, cuando la demanda "peca gravemente en alguno de sus aspectos básicos". No son estos los casos de la sentencia suplicada en esta oportunidad, ya que en ella no se da cuenta de factores que impidan conocer en el fondo las pretensiones, o que la lleven a pecar gravemente sobre sus aspectos básicos, sino que por el contrario, la Sección reconoce que aunque la demanda adolece de defectos, existen elementos de acusación que ameritan un fallo de fondo.

Desde luego, procede observar que la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de acciones a la que se refiere la jurisprudencia citada como contrariada es de tal naturaleza que por sus causales y consecuencias, de conformidad con jurisprudencia y doctrina reiteradas, impide llegar a conocer el fondo del asunto, mientras que los defectos que hacen imperfecta la demanda -en este caso "que no se pueda establecer qué normas de las acusadas violan cuáles de las que se invocan como transgredidas o si todas aquellas vulneran a todas éstas"- no impiden, al parecer de la Sala un pronunciamiento de mérito en virtud del poder de interpretación de que dispone el juzgador y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el instrumental ahora de rango constitucional, máxime, cuando como en el caso de autos, según lo dice la providencia recurrida, "existen elementos de acusación que así lo ameritan", circunstancia esta que impide hablar de la ausencia del correspondiente presupuesto procesal.

Como lo expresara el Consejero de Estado, Dr. Miguel González Rodríguez en aclaración de voto precisamente respecto de la jurisprudencia citada como violada, "la sentencia inhibitoria, en casos como el presente y muchos más que a diario se dan, lleva a los administrados, en particular y a los integrantes de la sociedad en general, a no creer en la justicia colombiana, y eso es de extrema gravedad, ya que no puede subsistir un Estado de Derecho cuando los asociados dejan de creer en aquella o en las leyes....". "...y lo que es más grave, eximirse de entrar a considerar el fondo del derecho eventualmente desconocido por el acto administrativo acusado, por simples defectos que no desconocen, la mayoría de las veces, ni el derecho de defensa y de audiencia, en el debido proceso, en el principio de contradicción o el de igualdad y lealtad procesal, ni ninguno otro que válidamente pueda servir de fundamento a este vicio generalizado de abstenerse de administrar justicia, evitando -como lo dice expresamente la ley procesal civil- la sentencia inhibitoria".

En lo relacionado con las sentencias de Sala Plena de noviembre 11 de 1987 y 12 de julio de 1988, citada también como quebrantadas, ellas, tal como se expresa en el informe de Relatoría, reiteran tesis de que el recurso extraordinario de anulación resulta improcedente frente a sentencias inhibitorias que para los eventos allí definidos fueron proferidas, la primera en virtud de haberse operado también una indebida acumulación de pretensiones, y la segunda por falta del presupuesto procesal denominado capacidad para ser parte.

Las circunstancias anteriores hace que sean aplicables en relación con tales providencias las mismas consideraciones expuestas acerca de la del 6 de febrero de 1990, pues como ya se expresó, en la sentencia recurrida que ahora nos ocupa, la Sección Cuarta en parte alguna reconoció la existencia de un obstáculo procesal que le impidiera llegar al fondo del asunto planteado.

Por las razones anteriores no prospera este primer cargo.

En el recurso extraordinario de súplica se formula un *segundo cargo* contra la sentencia del 13 de julio de 1990, porque declara en su parte motiva, en forma rotunda, que haría -como en el efecto lo hizo- "caso omiso de las nuevas razones de anulación que plantea el coadyuvante en el memorial introducido para suplicar el auto que denegó la suspensión provisional".

Según criterio del recurrente, la posición que en este sentido adoptó la Sección desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los derechos y facultades de los intervinientes adhesivos en acciones de simple nulidad.

Cita al respecto en primer término como contrariada la jurisprudencia contenida en el auto del 9 de diciembre de 1960 publicada en los Anales del

Consejo de Estado, Tomo LXII, Nos. 387 a 391, págs. 847 y siguientes, donde la Sala de lo Contencioso Administrativo expresó:

> "Si se tiene en cuenta que en el derecho español para ejercitar el contencioso de anulación se exige en la demanda un interés directo y que no basta el simple interés de la legalidad, como ocurre en el derecho administrativo colombiano, es fácil comprender que cuando se trata de juicios en que se ejercita la acción de nulidad, sólo puede ser parte principal en el derecho español el interviniente que deriva derechos del acto demandado. *Pero*, como entre nosotros la acción de nulidad se ha establecido en interés de la legalidad y puede por ello ser ejercitada por "toda persona" y cualquiera puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda, parece lógico concluir que la persona que coadyuva o impugna lo hace no como parte accesoria sino con la calidad de parte principal, porque ejercita un derecho propio que la ley le ha concedido a toda *persona*".

Según el recurrente esta misma providencia agrega que,

> "Esa intervención es admisible en cualquier estado del juicio y solamente tiene una cortapisa, consistente en que la intervención del coadyuvante u opositor no puede, en ningún evento, retrotraer los términos, es decir, que lo actuado en el proceso antes de la intervención permanece incólume".

Entiende la Sala, según informe rendido al respecto, que de los temas tratados en la providencia anterior, el suplicante se refiere al relacionado con la coadyuvancia, específicamente a la posibilidad que en acción de nulidad tiene cualquier persona para pedir que se le tenga como parte coadyuvante y con la calidad de parte principal.

Se dice además en el recurso en apoyo también del segundo cargo que la providencia anterior fue magistralmente complementada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 9 de mayo de 1972 con ponencia del Consejero Dr. Juan Hernández Saenz, publicada en los Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXII, páginas 562 y siguientes. De esta providencia destaca el suplicante los siguientes apartes:

> "De todos modos las pretensiones expresadas en el libelo constituyen la materia misma del proceso que comienza con el auto admisorio de él. Dichas pretensiones no pueden ser variadas por persona distinta del propio demandante, y ello apenas en la hipótesis particular de corrección de la demanda, que no permite tampoco sustituir radicalmente el primitivo libelo".

"Lo anterior no significa sin embargo que esté vedada la intervención de terceros en los procesos contencioso administrativos. Al contrario, el artículo 89 (de la Ley 167 de 1941, aclaro) permite que cualquier persona comparezca a los juicios de nulidad sea para coadyuvar o para impugnar la demanda y que en aquellos donde se busquen otras finalidades pueda intervenir quien demuestre tener interés en la suerte del proceso.

"Pero de todos modos quien acude al juicio después de empezado por iniciativa de persona distinta sólo puede apoyar la causa del actor delimitada por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a ningún tercero interviniente ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso. El tercero es un recién llegado al juicio que es recibido como adherente accidental, sea para actuar en pro o en contra de las tesis del demandante, pero sin derecho a que por su causa se retrotraigan los trámites ya cumplidos, pues ingresa al proceso tal cual esté al hacerlo, ya en lo que atañe a los alcances que le haya fijado el titular del derecho de acción, o demandante, o ya en lo que respecta a las actuaciones consumadas o a las etapas precluídas".

En cuanto a este segundo y último cargo, la Sala considera:

El suplicante censura la sentencia recurrida en la medida en que ésta fija para su análisis los términos de la contienda dentro de los parámetros señalados por el actor en su demanda y hace caso omiso de las nuevas razones de anulación y de la cita de normas violadas que plantea en el memorial de coadyuvancia introducido para recurrir el auto que denegó la suspensión provisional.

Se dice entonces en el recurso que con esta postura se contraría la jurisprudencia contenida en el auto del 9 de diciembre de 1960. Leído cuidadosamente este proveído se observa que allí, se dice fundamentalmente que en la acción de nulidad, por haber sido establecida en interés de la legalidad, "cualquiera puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o para impugnar la demanda", con la calidad de parte principal, porque ejercita un derecho propio que la ley le ha concedido a toda persona.

Trata esta providencia de la posibilidad que en la acción de nulidad tiene cualquier persona para pedir que se le tenga como parte coadyuvante y con la calidad de parte principal.

En la sentencia, ahora suplicada, no se niega, como no podía negarse al Doctor Carlos Alberto Navia Raffo el derecho de intervenir en el proceso; tampoco se discute, ni se determina la calidad -principal o accesoria- a que tenga derecho; simplemente, al fijar los términos de la contienda dentro de

los parámetros señalados por el actor, se limitan las facultades de su intervención al marco diseñado en la demanda.

Por lo demás, no es cierto que en el auto de 9 de diciembre de 1960 se diga que la intervención solamente tenga una cortapisa consistente en que la actuación del coadyuvante u opositor no puede en ningún evento, retrotraer los términos, es decir, que lo actuado en el proceso antes de la intervención permanece incólume. Lo que sí es cierto es que al respecto y como se verá más adelante, en una jurisprudencia posterior -sentencia del 9 de mayo de 1972-, el tercero ingresa al debate dentro de los alcances que le haya fijado al proceso el demandante.

En efecto, la sentencia del 9 de mayo de 1972 la cual, paradójicamente también se cita como violada en el recurso, sí toca directamente el punto debatido por el suplicante para concluir, en forma desfavorable a sus argumentos, en el sentido de que las pretensiones del demandante constituyen la materia de la controversia objeto de la decisión.

Así las cosas, la posición jurídica que al respecto asume la Sección Cuarta en sentir de esta Sala no contraría tampoco la jurisprudencia contenida en la sentencia del 9 de mayo de 1972, pues según ésta "quien acude al *juicio* (no hace ninguna distinción) después de empezado por persona distinta sólo puede apoyar la causa del actor delimitada por la demanda u oponerse a las peticiones contenidas en ella, sin que le sea dable a *ningún tercero interviniente* ampliar o restringir la materia controvertida, los móviles o las consecuencias del proceso".

Según esta misma providencia *el tercero* (no distingue), en un recién llegado al juicio, recibido como adherente accidental que ingresa a él en el estado en que lo encuentra, "*ya en lo que atañe a los alcances que le haya fijado el titular del derecho de acción o demandante*, o ya en que lo que respecta a las actuaciones consumadas o a las etapas precluidas". (Las subrayas son de esta Sala).

Renglones antes había expresado esta misma jurisprudencia:

> "La persona que ejerce el derecho de acción concreta en la demanda el alcance de sus aspiraciones, que usualmente buscan la anulación de un acto u operación administrativa por reputarlos el actor como contrarios a normas de rango jurídico más alto y que, en ocasiones también intentan obtener como consecuencia de la anulación el resarcimiento de perjuicios ocasionados por la Administración, el reconocimiento o restablecimiento de derechos particulares cuyo quebrento se le atribuya a los actos impugnados.

"De todos modos las pretensiones expresadas en el libelo constituyen la materia misma del proceso que comienza con el auto admisorio de él. Dichas pretensiones no pueden ser variadas por persona distinta del propio demandante, y ello apenas en la hipótesis particular de corrección de la demanda, que no permite tampoco sustituír radicalmente el primitivo libelo".

A juzgar por los términos del texto pretranscrito, las apreciaciones anteriores son valederas tanto para las acciones de nulidad como para las que pretendan obtener como consecuencia de la anulación, el restablecimiento de derechos particulares.

En el caso de autos del escrito de súplica se deduce que el coadyuvante aspira a que se le considere como parte principal, apoyado precisamente en la jurisprudencia contenida en el auto del 9 de diciembre de 1960 donde se expresa que "como entre nosotros la acción de nulidad se ha establecido en interés de la legalidad y puede por ello ser ejercitada por "toda persona" y cualquiera "puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar e impugnar la demanda", parece lógico concluir que la persona que coadyuva o impugna lo hace no como parte accesoria sino con la calidad de parte principal, porque ejercita un derecho propio que la ley le ha concedido a toda persona".

Frente a lo anterior y para efectos de decidir la súplica extraordinaria interpuesta, concretamente en lo que se refiere a la contradicción jurisprudencia, hay que tener en cuenta que la providencia en la que se apoya el suplicante, no señala los derechos del coadyuvante de la demanda, y si bien es cierto que en forma un tanto imprecisa le da al interviniente la calidad de principal, no lo es menos que una jurisprudencia posterior -sentencia del 9 de mayo de 1972- le restringe su intervención al de simple subordinado, al negarle la facultad de variar el diseño estructural del libelo demandatorio.

Valgan las anteriores consideraciones para concluir que este segundo cargo tampoco prospera.

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

NO PROSPERA el recurso de súplica extraordinario interpuesto por el coadyuvante Dr. Carlos Alberto Navia Raffo contra la sentencia proferida el 13 de julio de 1990 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente a la Sección de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 15 de septiembre de 1992.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente; *Clara Forero de Castro*, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONTRATO DE FIDUCIA/COMISION NACIONAL DE ENERGIA/ PATRIMONIO AUTONOMO

Los rendimientos que produzcan los aportes entregados directamente por ECOPETROL, CARBOCOL, ISA, y la FEN a la Previsora, al pertenecientes al patrimonio autónomo constituído por la fiducia, deberán ser reinvertidos en la misma forma prevista para el capital inicial y destinarse a sufragar los gastos de las actividades que le corresponde cumplir a la Comisión Nacional de Energía de acuerdo con la Ley 51 de 1989. Los rendimientos que produzcan los recursos entregados en fiducia por la Nación-Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2o., 14 y 15 de la Ley 51 de 1989, deberán ser administrados, invertidos y destinados en los términos que se estipulan en el respectivo contrato de fiducia que suscribió la previsora. Por tanto no se requieren de su inclusión en el Presupuesto General de la Nación. De consiguiente, ningún mecanismo jurídico distinto del previsto en la Ley 51 de 1989, es menester adoptar para que mediante el negocio de la fiducia sean canalizados los rendimientos obtenidos hacia las finalidades establecidas por dicha ley, que consisten básicamente en asegurar el debido funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación Nº. 449 .Consulta sobre el manejo y destinación de los rendimientos obtenidos por los recursos entregados en fiducia, con destino al funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía, de conformidad con lo dispuesto por la ley 51 de 1989.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Juan Camilo Restrepo Salazar, formula a la Sala de consulta que concibe en los siguientes términos textuales:

I. ANTECEDENTES

1o. La Ley 51 de 1989, "por la cual se crea la Comisión Nacional de Energía y se dictan otras disposiciones", consagra en su artículo 2o.:

Créase la Comisión Nacional de Energía, adscrita al Ministerio de Minas y Energía que tendrá por objeto organizar y regular la utilización racional e integral de las distintas fuentes de energía, de acuerdo con los requerimientos del país.

La Comisión operará mediante el contrato de fiducia previsto en el artículo 15 de la presente Ley, con base en el cual la entidad fiduciaria vinculará el personal y desarrollará las demás actuaciones que deba cumplir por mandato de la Comisión.

2o. Asimismo, el artículo 14 del citado estatuto legal señala que la Comisión Nacional de Energía fijará anualmente su presupuesto, el cual deberá ser aprobado por el Gobierno Nacional, y será sufragado por la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, Carbones de Colombia S.A., CARBOCOL, Interconexión Eléctrica S.A., ISA, y la Financiera Energética Nacional, FEN, en los porcentajes definidos en la norma.

3o. El artículo 15 de la referida ley es del siguiente tenor:

Los recursos que aporten las entidades indicadas en el artículo anterior para el funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía, serán administrados mediante un contrato de fiducia celebrado entre el Gobierno y la fiduciaria La Previsora S.A.

Con fundamento en la disposición transcrita, la Nación-Ministerio de Minas y Energía y la Fiduciaria La Previsora Ltda., suscribieron el 3 de septiembre de 1990, un contrato de fideicomiso individual para la administración, manejo y ejecución de los recursos presupuestales de la Comisión Nacional de Energía.

El objeto del referido contrato de fideicomiso es el siguiente:

Constituir una fiducia mercantil sobre los recursos provenientes de los aportes de ECOPETROL, CARBOCOL, ISA y FEN, de conformidad con lo previsto por los artículos 14 y 15 de la Ley 51 de 1989, que el fideicomitente transferirá a la fiduciaria con el fin de que ésta administre, invierta y destine dichos bienes a la operación y funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía... (Cl. 1a).

La cláusula 4a. expresa las obligaciones de la Fiduciaria, entre las que se cuentan:

2) Reinvertir los rendimientos que produzcan las sumas dadas en fiducia, en la misma forma prevista para el capital inicial.

PARAGRAFO.- Queda entendido que capital e intereses se destinarán por la FIDUCIARIA al desarrollo del presente contrato.

La legislación aplicable al contrato de fiducia es la contenida en el Código de Comercio (art. 1226 ss), las disposiciones de la Ley 51 de 1989 y demás normas legales reglamentarias y complementarias. (Cl. 14a.).

4o. El artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia como un negocio jurídico, en virtud del cual el fiduciante o fidelcomitente transfiere a otra persona, llamada fiduciaria, uno o varios bienes, para que los administre o enajene para cumplir una finalidad señalada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fidicomisario.

Los tratadistas del Derecho consideran como una de las notas características esenciales del contrato de fiducia, la transferencia al fiduciario del dominio de los bienes fideicomitidos, los cuales conforman un *patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.*

Los bienes salen del patrimonio del constituyente, razón por la cual no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (art. 1238 Co. Co.) ni son susceptibles de libre disposición por su parte (art. 1234 (4), 1236, ib), y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida (art. 1227 Co. Co.).

5o. De conformidad con lo anterior, el contrato de fiducia es una institución de derecho privado que tiene características particulares que, como hemos visto, transfiere un patrimonio, lo excluye de la masa general y le transmite una entidad jurídica.

6o. En el caso que nos ocupa, la intención expresa del Legislador fue dotar a la Comisión Nacional de Energía de un patrimonio con el propósito de afectarlo a una finalidad específica, para lo cual acudió al contrato de fiducia. Bien hubiera podido optar por la creación de un Fondo o una cuenta de manejo especial, con personería jurídica o sin ella.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto,

II. SE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que, en el caso sometido a estudio, los recursos entregados en fiducia no provienen del presupuesto nacional, sino de los aportes entregados directamente por ECOPETROL, CARBOCOL, ISA y FEN:

a). ¿Los rendimientos obtenidos por aquéllos pertenecen a la Nación, y consecuentemente, deben ingresar a su patrimonio y al tesoro común, o, por el contrario deben permanecer en el patrimonio autónomo constituído por la fiducia, y contribuir a sufragar las actividades señaladas por la Ley 51 de 1989 a la Comisión Nacional de Energía?

b). ¿Así mismo, los mencionados rendimientos deben ser manejados y utilizados a través del mecanismo de la fiducia, y disponer de ellos conforme a las facultades otorgadas por la referida Ley 51 de 1989 o requieren su inclusión en el Presupuesto General de la Nación?

c). ¿Qué mecanismo jurídico debería adoptarse para que los rendimientos se destinen a la finalidad prevista por la Ley 51 de 1989 y no ingresen a un fondo que el legislador no previó ni deseó?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

La fiducia celebrada por una cualquiera de las entidades a que se refiere el Estatuto Contractual de la Nación y sus entidades descentralizadas o decreto-ley 222 de 1983, tiene la categoría de contrato de derecho privado de la administración. Por consiguiente, a los contratos de fiducia les son aplicables las disposiciones especiales contenidas en el Código de Comercio (Libro IV, Título XI), por expresa remisión del artículo 80 de aquel Estatuto.

La naturaleza del negocio fiduciario, como contrato de derecho privado de la administración, fue reconocida por el decreto 632 de 1988 al establecer los requisitos a los cuales deben sujetarse las entidades públicas para la celebración de esta clase de contratos. Dispuso para el efecto y entre otros requisitos, la obligación para la entidad contratante de verificar que el objeto del contrato de fiducia no correspondiera al ejercicio de una función

administrativa constitutiva de la naturaleza de la entidad, salvo expresa autorización legal y que las estipulaciones contractuales se ajusten a las prescripciones establecidas en la ley 45 de 1923, el Código de Comercio y sus posteriores reformas.

De esa manera se reconoció expresamente a las entidades públicas la facultad de utilizar el procedimiento contractual de la fiducia, permitiendo que un tercero especializado en la prestación de servicios fiduciarios administrara recursos públicos con las correspondientes ventajas en materia de protección de esos recursos, de aplicación directa a la satisfacción del interés público y de rapidez y eficiencia en la ejecución de los gastos autorizados.

La fiducia ha sido estructurada como un contrato típicamente mercantil en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio:

> La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra , llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.
>
> Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.
>
> Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

Es necesario precisar entonces si los elementos que son esenciales a ese contrato, conservan su identidad cuando en la relación fiduciaria interviene una entidad de derecho público.

La doctrina ha reconocido la existencia de varios elementos esenciales en el contrato fiduciario, a saber: un elemento real, otro teleológico y un doble elemento formal y temporal. Los dos primeros hacen referencia al hilo común que regula las relaciones provenientes del contrato con el objeto de darle un sentido único y los dos últimos a las formalidades exigidas para su existencia y a la restricción de su duración en el tiempo.

En razón del elemento real, la fiducia implica la transferencia de los bienes del fideicomitente o fiduciante al fiduciario, conformándose con ellos un patrimonio nuevo y distinto, autónomo en los términos del artículo 1233 del Código de Comercio, que recibe el tratamiento de un todo separado del patrimonio individual de los sujetos involucrados en el negocio jurídico. Los bienes fideicometidos salen de la esfera patrimonial del fideicomitente por cuanto éste así lo ha dispuesto y si se tratara de entidades públicas en desarrollo

de la autorización legal particular. Esta transferencia de bienes estará sujeta a las restricciones, limitaciones y alcances previstos por las partes en el acto de constitución.

El elemento teleológico marca la dirección general del contrato, la causa del mismo, los motivos del fideicomitente y los deberes del fiduciario y se erige en el principio orientador de la voluntad de las partes y en el criterio básico de interpretación de las relaciones entre fideicomitente y fiduciario. Fundamentalmente este principio orientador debe inferirse en las cláusulas consignadas en el acto de constitución.

De modo que con la celebración de contratos fiduciarios, las entidades públicas a que se refiere el decreto-ley 222 de 1983 se desprenden de bienes que les pertenecen para que con respecto a ellos se ejecuten por un tercero (establecimiento de crédito o sociedad fiduciaria) los actos jurídicos para los cuales ha recibido autorización expresa.

Cuando la ley 51 de 1989 creó la Comisión Nacional de Energía, como un organismo con funciones públicas adscrito al Ministerio de Minas y Energía y cuyo objeto consiste en organizar y regular la utilización racional e integral de las distintas fuentes de energía, dispuso que los recursos que para el funcionamiento de dicha Comisión aporten la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, Carbones de Colombia S.A., CARBOCOL, Interconexión Eléctrica S.A., ISA y la Financiera Eléctrica Nacional S.A., FEN, en los porcentajes que establece el artículo 14, serán administrados mediante un contrato de fiducia celebrado "entre el Gobierno y la fiduciaria La Previsora S.A.", empresa industrial y comercial del Estado.

En desarrollo de ese mandato legal y según consta en el texto correspondiente suscrito por las partes el 3 de septiembre de 1990 y protocolizado mediante escritura pública otorgada ante el Notario Diecinueve del Círculo Notarial de Bogotá el día 20 del mismo mes y año, la Nación-Ministerio de Minas y Energía y la Fiduciaria La Previsora Limitada celebraron un contrato de fideicomiso individual de administración y pagos, para el manejo y ejecución de los recursos presupuestales de la Comisión Nacional de Energía. El objeto específico de este contrato interadministrativo es el de administrar e invertir tales recursos y destinarlos a cancelar todos los gastos administrativos y operacionales de la Comisión, de acuerdo con los términos del contrato y las instrucciones del fideicomitente.

El mencionado contrato de fiducia, al disponer lo correspondiente a las obligaciones de la fiduciaria estableció que los recursos que se le confiaban por razón de la administración debían invertirse en uno cualquiera de los papeles financieros indicados en la cláusula cuarta y reinvertir los rendimientos que generaran, en la misma forma prevista para el capital inicial, igualmente, en el parágrafo de la citada cláusula se estipuló que tanto el capital como los

intereses generados por la inversión de los aportes en actividades permisibles debían destinarse al desarrollo de la fiducia.

La voluntad de las partes, incorporada al texto del contrato, consistió en darle idéntica destinación al capital conformado con los aportes dispuestos por la ley y a los rendimientos que esas sumas produjeran.

No desvirtúa la anterior conclusión el hecho de que el decreto 1425 de 1990, reglamentario de la ley 51 de 1989, hubiese dispuesto en su artículo 16 que el presupuesto anual de la Comisión Nacional de Energía deberá ser aprobado por el Gobierno dentro del marco de la ley orgánica del presupuesto general de la Nación (ley 38 de 1989), pues esta prescripción obedeció tan solo a la necesidad de que los aportes con los cuales contribuyen las entidades legalmente obligadas, sean incluídos en sus respectivos presupuestos y puedan transferirse a la cuenta especial que señale la Fiduciaria La Previsora conforme al artículo 18 del decreto últimamente citado. Estos aportes no forman parte del presupuesto nacional, puesto que se trasladan directamente del presupuesto de las entidades aportantes al patrimonio autónomo surgido a partir de la constitución de la fiducia.

Con fundamento en lo expuesto, y advirtiendo que cualquier cuestionamiento de la validez de cláusulas contractuales corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, la Sala responde:

A la primera pregunta: Los rendimientos que produzcan los aportes entregados directamente por ECOPETROL, CARBOCOL, ISA y la FEN a la Previsora, pertenecen al patrimonio autónomo constituído por la fiducia, deberán ser reinvertidos en la misma forma prevista para el capital inicial y destinarse a sufragar los gastos de las actividades que le corresponde cumplir a la Comisión Nacional de Energía de acuerdo con la ley 51 de 1989.

A la segunda pregunta: Los rendimientos que produzcan los recursos entregados en fiducia por la Nación-Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2o., 14 y 15 de la ley 51 de 1989, deberán ser administrados, invertidos y destinados en los términos que se estipulan en el respectivo contrato de fiducia que suscribió con La Previsora el 3 de septiembre y protocolizó el 20 de septiembre, ambas fechas de 1990. Por tanto, no requieren de su inclusión en el Presupuesto General de la Nación.

De consiguiente, ningún mecanismo jurídico distinto del previsto en la ley 51 de 1989, es menester adoptar para que mediante el negocio de fiducia a que se refiere la consulta sean canalizados los rendimientos obtenidos hacia las finalidades establecidas por dicha ley, que consisten básicamente en asegurar el debido funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía.

Transcríbase al señor Ministerio de Minas y Energía y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en sendas copias auténticas.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada su publicación con oficio No. 13374 del 2 de julio de 1992.

CONTROL FISCAL/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Facultad Disciplinaria/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-** Facultades/**PRINCIPIO "VERDAD SABIDA Y BUENA FE GUARDADA"**

La suspensión de funcionarios, sujetos pasivos del control fiscal, ordenada por los contralores dentro del marco de sus atribuciones constitucionales procede "mientras culminan las investigaciones a los respectivos procesos penales o disciplinarios". Se exceptúan los casos especiales regulados de modo diferente por la Constitución, tal como ocurre con los Gobernadores y alcaldes. Estos funcionarios solamente podrán ser suspendidos o destituídos, respectivamente, por el Presidente de la República y los Gobernadores (con excepción de los alcaldes distritales, respecto de los cuales la competencia es del Presidente), en los casos taxativamente señalados por la ley. Iniciadas las investigaciones fiscales o en marcha los procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal), el respectivo Contralor bajo su responsabilidad y con fundamento en el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", puede ordenar la suspensión de cualquiera de tales funcionarios, caso en el cual el nominador deberá cumplir la orden-exigencia, lo cual significa que no podrá modificarla. aplazarla ni rechazarla.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón*

Referencia: Radicación Nº. 452. Consulta sobre suspensión de funcionarios a solicitud de Contralores.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, en procura de una interpretación armónica de las siguientes disposiciones de la nueva Constitución Política:

Artículo 267, cuando trata lo relativo a la forma y clases de control que debe ejercer la Contraloría General de la República y somete el control posterior y selectivo a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley; 268 ordinal 8o. que confiere al Contralor General de la República la atribución de "Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios"; y 272 inciso sexto que señala textualmente que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuídas al Contralor General de la República en el artículo 268 podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal:

formula a la Sala la siguiente consulta:

1- Se puede pensar que la solicitud de suspensión de funcionarios por parte de los contralores departamentales y municipales es un mecanismo nuevo que forma parte del control posterior y selectivo, cuyo desarrollo corresponde a la ley, según el artículo constitucional 267 y en consecuencia se requiere que el legislador determine por lo menos unos requisitos mínimos que deban darse para que el nominador proceda a la suspensión, por ejemplo, el tiempo de duración de ésta; si procede contra los funcionarios elegidos popularmente; si se exige que las investigaciones disciplinarias o penales se hayan iniciado ya que la norma habla de la culminación de éstas, en fin algunos otros aspectos que garanticen que no se van a cometer arbitrariedades, especialmente en las administraciones municipales, incluso en las departamentales?

2- Si la aplicación de la norma en consulta, no requiere de desarrollo legal, se pregunta: a) ¿Cuál es el tiempo máximo de la suspensión? b)¿ La suspensión se aplica a los Gobernadores y Alcaldes a solicitud de sus respectivos contralores, o ellos se rigen por normas especiales? c)¿Para proceder a la suspensión se requiere un proceso fiscal que demuestre el perjuicio causado a los intereses patrimoniales del Estado?

3.- ¿Qué posibilidad tiene el nominador departamental o municipal para modificar, aplazar o rechazar la petición que le formule o solicite el respectivo Contralor? ¿ La norma constitucional citada no concede ninguna facultad de decisión a la administración?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

La Asamblea Nacional Constituyente reunida del 5 de febrero al 4 de julio de 1991, avocó como uno de sus temas fundamentales el del control fiscal, la necesidad de tecnificarlo y la imperiosa tarea de liberar a las Contralorías del "clientelismo" y la "politización", vocablos estos últimos empleados con alguna frecuencia en el curso de las deliberaciones correspondientes a la Comisión Quinta, que fue la encargada de estudiar en general los "Asuntos económicos, sociales y ecológicos".

Al cumplimiento de los expresados objetivos obedeció la determinación de que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado- que sigue siendo competencia de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales - se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley e incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales; la definición de las Contralorías como entidades de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal; la elección de los Contralores por las correspondientes corporaciones públicas (Congreso, Asambleas, Concejos), pero de ternas integradas por candidatos presentados por altos tribunales judiciales; y el precepto según el cual, sólo mediante concurso público se podrán proveer los empleos que en las Contralorías hayan creado la ley, la ordenanza o el acuerdo. Además, se establece el período igual (período "simultáneo", según la expresión utilizada por los ponentes en la Comisión Quinta) de los Contralores con el del presidente de la República y con los gobernadores y alcaldes según el caso.

Respecto de las atribuciones del Contralor General de la República -que ejercerán también en lo pertinente, en el ámbito de su jurisdicción, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales-, conviene mencionar las que sirven para delimitar el amplio marco dentro del cual se cumple el denominado control fiscal:

a. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

b. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

c. Exigir informes sobre la gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

d. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno, que las entidades y organismos del Estado reemplazó un desacreditado "control previo". Y

e. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

Ahora bien, con el fin de que el control a nombre del Estado se ejerza adecuadamente, con el valor y efectividad que los intereses públicos reclaman, en la nueva Constitución el Contralor General de la República y en su caso los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales adquirieron dos potestades en materia sancionatoria: la de imponer multas y obtener el recaudo de los alcances deducidos si es necesario con fundamento en la jurisdicción coactiva de la cual pasan a ser titulares, y exigir la suspensión de funcionarios, todo de conformidad con los siguientes preceptos constitucionales:

a. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma. (Artículo 268 numeral 5).

b. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. (Artículo 268 numeral 8). Respecto de esa atribución, la Carta Política precisa en su artículo 271 que "Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente".

El primer antecedente de la disposición constitucional que es materia de consulta (el ordinal 8o. del artículo 268), nació de las deliberaciones que se adelantaron en la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente y corresponde al siguiente texto: "Promover ante las autoridades competentes las investigaciones penales o disciplinarias y la aplicación de las sanciones correspondientes contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado". Simultáneamente, se proponía un artículo nuevo que decía: "La ley establecerá una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado" (Gaceta

Constitucional, 18 de abril de 1991, informe ponencia sobre el Control Fiscal, págs 19 a 24).

Aunque con posterioridad fue suprimido por la plenaria el proyecto tendiente a crear una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, es lo cierto que la segunda parte del actual artículo 268, ordinal 8o., de la Constitución, aparece ya en el informe-ponencia para primer debate en plenaria con la siguiente redacción: "La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culmina (sic) las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios". (Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991, pág 6).

La Sala considera que la nueva potestad atribuída por la Constitución a los Contralores para efectos de exigir la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelantan investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal, es responsabilidad personal de cada Contralor, quien actuará "verdad sabida y buena fe guardada". Dicha potestad puede ejercerse en cumplimiento del marco institucional del control fiscal y comprende a los funcionarios que se determinan como sujetos pasivos del mismo por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado. Conforman la excepción aquellos casos regulados especialmente por la Constitución, como sucede con el presidente de la República, los magistrados de los altos Tribunales de justicia y el Fiscal General de la Nación (*ibídem*, artículos 174, 175, 178-3 y 256-3); los miembros del Consejo Nacional, cuya pérdida de investidura corresponde decretar al Consejo de Estado por las causales enumeradas en el artículo 183; los miembros de las demás corporaciones públicas, para los cuales la ley puede establecer el procedimiento de revocatoria del mandato (*ibídem*, artículos 40-4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (*ibídem*, artículos 259, 304 y 314).

Por lo demás, la orden de suspensión del cargo presupone la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal y se mantiene, por mandato de la Constitución, "mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios".

Con fundamento en lo expuesto, la Sala responde:

1. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado por parte de las Contralorías que la Constitución de 1991 manda ejercer en forma posterior y selectiva, está sujeta a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Mientras se expide la ley correspondiente, que consulte el nuevo espíritu de la Carta Política en materia de control fiscal, las Contralorías deberán proceder de conformidad con las leyes vigentes que regulan el control posterior.

2. El ejercicio de la facultad de promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes se presume hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, y la de exigir verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios, atribuída a los Contralores por la nueva Constitución (artículos 268 ordinal 8o. y 272 inciso sexto), por tener regulación constitucional propia y completa no ha menester de previo desarrollo legal.

3. La suspensión de funcionarios, sujetos pasivos del control fiscal, ordenada por los Contralores dentro del marco de sus atribuciones constitucionales procede "mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios". Se exceptúan los casos especiales regulados de modo diferente por la Constitución, tal como ocurre con los gobernadores y alcaldes. Estos funcionarios solamente podrán ser suspendidos o destituídos, respectivamente, por el presidente de la República y los Gobernadores (con excepción de los alcaldes distritales, respecto de los cuales la competencia es del Presidente), en los casos taxativamente señalados por la ley.

4. Iniciadas las investigaciones fiscales o en marcha los procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos del control fiscal, el respectivo Contralor, bajo su responsabilidad y con fundamento en el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", puede ordenar la suspensión de cualquiera de tales funcionarios, caso en el cual el nominador deberá cumplir la orden-exigencia, de inmediato, lo cual significa que no podrá modificarla, aplazarla ni rechazarla.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Gobierno y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Casto Reyes, Secretaria de la Sala.

Autorizada la publicación con oficio 1401 del 21 de julio de 1992.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/SESIONES-Convocatoria/ **GOBERNADOR/COMPETENCIA/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades/**CONTRALOR DEPARTAMENTAL**- Elección

Las Asambleas Departamentales pueden reunirse en sesiones ordinarias y extraordinarias. En sesiones ordinarias se reunen por derecho propio, para ejercer las facultades que la Constitución y las leyes le atribuyen y en sesiones extraordinarias, por convocatoria del correspondiente Gobernador, para ocuparse exclusivamente "de los temas y materias" señalados en el acto mediante el cual se efectúe la convocatoria. Las asambleas departamentales deben elegir contralores, de ternas enviadas por los tribunales superiores y contralores, de ternas enviadas por los tribunales superiores y de lo contencioso administrativo, en la forma prescrita por la Constitución. La asamblea departamental debe elegir al contralor en sus sesiones extraordinarias, si para ello es convocada por el gobernador. La convocatoria a sesiones extraordinarias de la asamblea departamental es discrecional del gobernador quien, por lo mismo, puede o no efectuarla teniendo en cuenta la conveniencia u oportunidad de la medida. Por consiguiente, la convocatoria a sesiones extraordinarias de la Asamblea Departamental no es obligatoria; el Gobernador puede o no efectuarla, según la considere o no conveniente y oportuna.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 454. Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con la elección de contralores departamentales (artículos 272 y 305 C.P. y 28 y 29 del Decreto 1222 de 1986).

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

" El Ministro de Gobierno desea conocer el concepto de esa Honorable Sala, respecto a la elección de contralores departamentales, encaminado a establecer si dichos funcionarios pueden ser elegidos por las asambleas en sesiones extraordinarias y si la convocatoria a extras para el efecto tiene carácter obligatorio o es facultativo para los gobernadores.

Sobre el tema en consulta la Constitución Política y el Decreto 1222 de 1986, señala:

Constitución Política

a.) " Artículo 272.

...

"Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente le corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con los candidatos presentados por el tribunal superior del distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo..."

La norma determina que la competencia para elegir contralores departamentales radica en las asambleas, pero guardó silencio respecto a las sesiones en que las corporaciones departamentales deben ejercer la facultad de elección o nominación del cargo.

b.) El artículo 305 de la Constitución establece:

"Son atribuciones del gobernador

Convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada..."

La norma faculta a los gobernadores para convocar a las asambleas a sesiones extraordinarias, limitándoles su actuación a los temas y materias para las cuales fueron convocadas.

Decreto Ley 1222 de 1986

"ARTICULO 28. Las asambleas se reunirán ordinariamente cada año en la capital del Departamento, por un término de dos (2) meses. Los Gobernadores podrán convocarlas a sesiones extraordinarias para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que ellos les sometan.

La ley fijará la fecha de las sesiones ordinarias y el régimen de incompatibilidades de los Diputados (Artículo 185, incisos 2o y 3o de la Constitución Política)".

La norma transcribe el artículo 185 incisos 2 y 3 de la Constitución de 1886, el cual fue adoptado por la nueva Carta en su artículo 305 atribución No. 12.

"ARTICULO 29. Las asambleas Departamentales se reunirán ordinariamente en la capital del Departamento y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, del 1o. de octubre al 30 de noviembre de cada año.

Si por cualquier causa no pudieren hacerlo en la fecha indicada, se reunirán tan pronto como fuere posible, dentro del año correspondiente".

El Estatuto Departamental en esta disposición señala como período de sesiones ordinarias el comprendido entre el 1o. de octubre y 30 de noviembre de cada año.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta:

1. ¿Los contralores departamentales sólo pueden ser elegidos por las asambleas, en sus sesiones ordinarias?

2. ¿Las asambleas departamentales pueden elegir contralores a partir de las sesiones ordinarias inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación del período constitucional o legal del funcionario a elegir?

3. ¿Los contralores departamentales pueden ser elegidos en sesiones extraordinarias y la elección así realizada sólo lo será para el resto del período en curso?

4. ¿Las asambleas pueden ejercer su facultad de elección o nominación de los contralores en sesiones ordinarias o extraordinarias, indistintamente?

5. ¿Es obligatorio o facultativo de los gobernadores convocar o no a las asambleas a sesiones extraordinarias, para que se ocupen de la elección de Contralor, cuando ellas, habían podido ejercer su competencia y facultad en sesiones ordinarias?"

LA SALA CONSIDERA

1°) El artículo 272, ordinal 3°, de la Constitución dispone que "corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal" El artículo 300, número 11, de la misma carta política agrega que las asambleas departamentales deben "cumplir las demás funciones que les asigne la Constitución y la ley", entre las cuales se cuenta la de elegir contralores departamentales.

2°) El artículo 305, número 12, de la Constitución atribuye al gobernador, entre otras facultades, "convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada".

3°) La Constitución no determina el período de sesiones ordinarias de las asambleas departamentales, el que debe ser señalado por la ley de ordenamiento territorial que el Congreso debe expedir. Mientras se expide la mencionada ley, el artículo 28 del Decreto-ley 222 de 1986 dispone que "las asambleas se reunirán ordinariamente cada año en la capital del Departamento, por el término de dos (2) meses". La disposición agregaba que los gobernadores podrán convocarlas a sesiones extraordinarias para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que ellos les sometan". Pero fue modificado por el artículo 305, número 12, de la Constitución, antes transcrito, en cuanto dispone que los Gobernadores pueden convocar a las Asambleas Departamentales a sesiones extraordinarias, no "para que se ocupe exclusivamente de los asuntos que ellos les sometan", sino "de los temas y materias" para que sean convocadas.

Además, el artículo 29 del Decreto-ley 1222 de 1986, que también está vigente, prescribe que "las asambleas departamentales se reunirán ordinariamente en la capital del departamento y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, del 1° de octubre al 30 de noviembre de cada año". El inciso 2° agrega "si por cualquier causa no pudieren hacerlo en la forma indicada, se reunirán tan pronto como fuere posible, dentro del año correspondiente".

4°) Las sesiones ordinarias de las asambleas departamentales tienen por objeto cumplir las facultades que la Constitución y las leyes les atribuyen, tanto las que son de la libre iniciativa de los diputados como las que requieren la del gobernador.

5°) Con las sesiones extraordinarias, por el contrario, las asambleas departamentales deben ocuparse exclusivamente "de los temas y materias" para que sean convocadas por el correspondiente gobernador.

6°) La convocatoria a sesiones extraordinarias de la asamblea departamental es discrecional del gobernador; la Constitución, en el artículo 305, número 12, le atribuye la facultad de disponerla y la de determinar "los temas y materias de las mismas" en el acto de convocatoria.

Por consiguiente, el gobernador libremente puede convocar a sesiones extraordinarias a la asamblea departamental, para que se ocupe de las materias que determine en la convocatoria, o abstenerse de hacerlo. La decisión debe adoptarse según considere o no necesario que la asamblea se ocupe y tome decisiones sobre determinadas materias de su competencia.

7°) La asamblea departamental puede elegir contralor del departamento en sus sesiones ordinarias, en ejercicio de una de las facultades que le otorga la Constitución (artículo 272, inciso 2°).

Pero la asamblea departamental también puede elegirlo en sesiones extraordinarias, si el gobernador la convoca con esa finalidad.

Como se indicó, la convocatoria de la asamblea departamental a sesiones extraordinarias es discrecional del gobernador, según la considere o no conveniente u oportuno y, por lo mismo, según la Constitución, no puede tener carácter obligatorio.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1°) Las asambleas departamentales pueden reunirse en sesiones ordinarias y extraordinarias. En sesiones ordinarias se reúnen por derecho propio, para ejercer las facultades que la Constitución y las leyes les atribuyen y en sesiones extraordinarias, por convocatoria del correspondiente gobernador, para ocuparse exclusivamente "de los temas y materias " señalados en el acto mediante el cual efectúe la convocatoria.

2°) Las asambleas departamentales deben elegir contralores, de ternas enviadas por los tribunales superiores y de lo contencioso administrativo, en la forma prescrita por la Constitución.

3°) La asamblea departamental debe elegir al contralor en sus sesiones ordinarias. Pero también puede hacerlo en sesiones extraordinarias, si para ello es convocada por el gobernador.

4°) La convocatoria a sesiones extraordinarias de la asamblea departamental es discrecional del gobernador quien, por lo mismo, puede o no efectuarla teniendo en cuenta la conveniencia u oportunidad de la medida.

5°) Por consiguiente, la convocatoria a sesiones extraordinarias de la asamblea departamental no es obligatoria: el gobernador puede o no efectuarla, según la considere o no conveniente y oportuna.

Transcríbase en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

BECAS/BENEFICIOS EDUCATIVOS/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/FONDO ESPECIAL DE BECAS/AUXILIOS-Inexistencia

Las becas no son auxilios ni donaciones, por el contrario consisten en el pago que el Ministerio de Minas y Energía, hace a la institución de educación directamente para sostener por un tiempo determinado a los beneficiarios, para que adelanten los estudios académicos autorizados. Las becas y los préstamos implementados por el Ministerio de Minas y Energía, que tienen como recursos principales las contribuciones parafiscales de las personas explotadoras de petróleo y de los titulares de derechos mineros, no son auxilios ni donaciones y por lo mismo no están incluidos en la prohibición del artículo 355, inciso 1o. de la Constitución Nacional. De manera que el Ministerio de Minas y Energía, por este motivo no debe abstenerse de continuar concediendo becas y préstamos educativos a sus empleados y familiares, según las disposiciones de las normas vigentes.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Radicación 456. Ministerio de Minas y Energía. Sobre la aplicación del art. 355 de la Constitución Política al Fondo Especial de Becas, del Ministerio de Minas y Energía.

El Ministro de Minas y Energía formula a la sala, la siguiente consulta:

(Texto de la consulta)

"1. Antecedentes

a) Mediante el Decreto 805 del 5 de marzo de 1947 se reglamentó la exploración y explotación de las minas de metales preciosos, metales no preciosos y sustancias minerales no metálicas pertenecientes a la reserva nacional.

En el artículo 76 de dicho Decreto se consagró la obligación para los concesionarios, desde la iniciación de la explotación, de enseñar gratuitamente los distintos aspectos de la industria a tres alumnos escogidos por el Ministerio de Minas y Petróleos y ocuparlos metódicamente en los diversos oficios de la empresa con los mismos sueldos y condiciones de sus empleados.

El Ministerio podía disponer en cada caso que los concesionarios, en lugar de suministrar tal enseñanza en sus explotaciones, sostuvieran un número equivalente de becas en las escuelas industriales oficiales, en la Facultad de Minas de la Universidad Nacional o en otras similares.

b) El Decreto-Ley 1056 de 1953 (Código de Petróleos) estableció que el gobierno debía proveer a la formación en el exterior y dentro del país del personal colombiano técnico y práctico en la industria del petróleo en todos sus ramos (artículo 71, inciso 2o.).

A su vez el artículo 18 del mismo Código consagró expresamente la obligación de toda persona que celebre contratos en la industria del petróleo de dar enseñanza permanente y gratuita en sus explotaciones hasta a tres alumnos, cuya elección y remuneración serían determinadas de común acuerdo entre el gobierno y el contratista.

c) En el mismo año de 1953 el Gobierno expidió el Decreto 2683 por el cual se reglamentó la adjudicación de becas para estudios relacionados con cuestiones (sic) de minas y petróleos, considerando que era necesaria la expedición de un estatuto que regulara las obligaciones de las compañías mineras y petroleras, así como las condiciones y los requisitos que debían cumplirse para la adjudicación de las becas.

Este decreto constituye realmente el primer antecedente de la Reglamentación específica y detallada sobre el otorgamiento de becas con cargo a los recursos provenientes de la obligación impuesta a las compañías mineras y petroleras.

El Decreto citado preveía el otorgamiento de becas en el exterior para especialización en cualquiera de las ramas relacionadas directamente con la ciencia industrial petrolera o minera y en el interior del país para formación en las mismas ramas, señalaba las formas como las empresas petroleras y mineras podían cumplir las obligaciones fijadas por los decretos 1056 de 1953 y 805 de 1947 (en especie o en dinero) y permitía al Ministerio de Minas y Petróleos conferir comisiones remuneradas para estudios por lapsos menores de un año o para concurrir a conferencias científicas.

d) El Decreto 2683 de 1953 fue sustituido en su totalidad por el Decreto 916 de 1959. Esta disposición precisó que las becas que otorgara el gobierno para realizar estudios en cuestiones (sic) de petróleo o de minas serían adjudicadas por el Ministerio de Minas y Petróleos y que las sumas que se pagaran a los beneficiarios de becas en el exterior no podían exceder de las fijadas por el ICETEX para atender a sus estudiantes en el respectivo país.

Se previó la fijación por parte del Ministerio del número de beneficiarios de enseñanza técnica en las concesiones de explotación de petróleo, con base en la producción diaria.

Por primera vez se habla de "fondo especial", manejado por la Tesorería General de la República, cuyos recursos debían ser destinados al sostenimiento de becas en el exterior adjudicadas por el Ministerio.

e) El más importante antecedente del sistema de administración del Fondo de Becas del Ministerio, lo constituye el Decreto 2259 del 21 de agosto de 1959, ya que en él se adscribió al ICETEX la administración de los fondos asignados para las becas que otorgara el Ministerio de Minas y Petróleos, así como el control de las becas conferidas a particulares para adelantar estudios técnicos en el exterior en las áreas de petróleos y minas (art. 1o. Decreto 916 de 1959) y las becas especiales otorgadas a empleados del Ministerio para realizar estudios de especialización en el exterior.

El artículo 3o. de dicho Decreto creó la Junta Administradora integrada por el Ministerio de Minas y Petróleos, el Secretario General del Ministerio y el Director del ICETEX o sus representantes.

A la junta le fueron asignadas las funciones de adjudicar las becas en el exterior a particulares y los préstamos condonables para estudios en Colombia, de conferir las becas especiales a empleados del Ministerio seleccionados y presentados por éste y de determinar el sistema para la adjudicación, condonación y renovación de los préstamos.

Un último aspecto de especial importancia que presenta el Decreto 2259 es el haber establecido que los fondos en pesos y en dólares (consignaciones de US $200 por alumno a cargo de las concesiones mineras de conformidad con el artículo 76 del Decreto 805 de 1947) de que dispusiera el Ministerio de Minas y Petróleos para atender las becas debían ser transferidos por él para formar un fondo especial en el ICETEX, que sería administrado por éste de acuerdo con las normas que se establecieran en el contrato de administración que debían suscribir ambas entidades.

f) En el año de 1961 la Ley 10a., en su artículo 19, sustituyó el artículo 18 del Código de petróleos y estableció que quien celebre con el Estado contrato de exploración y explotación de petróleos está obligado a depositar en el fondo especial de becas del Ministerio de Minas y Petróleos la suma de un tercio de centavo de dólar por cada barril de petróleo, para atender al sostenimiento de becas en el exterior.

g) Mediante el Decreto 438 de 1962 se modificaron algunas disposiciones de los Decretos 916 y 2259 de 1959 y dictaron nuevas formas sobre formación y especialización de personal técnico para servicio en el Ministerio de Minas y Petróleos.

En relación con las becas especiales para estudios de especialización de los funcionarios del Ministerio (Decreto 916 artículo 12) el Decreto 438 de 1962 dispuso que serían adjudicadas a quienes tuvieran título profesional, para especialización avanzada de geología, ingeniería de minas, ingeniería de petróleos, ingeniería química y otros estudios relacionados con tales especialidades, que les permitieran prepararse para prestar un mejor servicio al Ministerio.

Tales becas serían de dos clases: la A para estudios de especialización avanzada en las ramas mencionadas y la B para actualización de estudios entrenamiento y capacitación avanzada en cuestiones relacionadas con las actividades del Ministerio. Es claro que las becas clase B eran más amplias en lo concerniente a las áreas de estudio, contaban con una asignación mensual en dólares más elevada (US $550), pero exigían una vinculación del funcionario al Ministerio no menor de cinco años.

Un aspecto importante del Decreto 438 es la creación, en su artículo 8o., del Comité de Becas en el Ministerio, integrado por el Director del mismo, el Jefe de la División Técnica respectiva y el Jefe de la División Administrativa, con funciones de elaboración de planes anuales de formación y especialización, de selección de candidatos para becas y préstamos y de colaboración con la Junta Administradora en el control académico.

Se estableció también la facultad para la Junta Administradora del Fondo del Ministerio de Minas-ICETEX de conceder préstamos especiales, condonables por servicios al Ministerio, a favor de estudiantes de las universidades del país que cursaran geología, ingeniería de minas e ingeniería química.

h) El Decreto 895 de 1963 facultó a la Junta Administradora para reglamentar la adjudicación de becas especiales en el exterior para la capacitación del personal profesional que requieran las investigaciones de los recursos minerales, teniendo en cuenta el costo de vida en cada país y las condiciones del programa de estudios.

2. EL REGLAMENTO ADOPTADO POR LA JUNTA ADMINISTRADORA DEL FONDO EL 12 DE JUNIO DE 1986

La Junta Administradora del Fondo Especial MinMinas ICETEX, con base en las facultades otorgadas por el decreto 2056 de 1986, adoptó el reglamento del Fondo que, de acuerdo con lo señalado por el artículo 29, derogó todas las disposiciones anteriores sobre la materia.

El decreto 2056 facultó a la Junta Administradora del Fondo para reglamentar la adjudicación de las diferentes ayudas educativas que presta y para señalar el monto de las mismas.

El reglamento definió los conceptos crédito condonable por prestación de servicios, beca y beca por servicio temporal.

3. EL CONTRATO DE ADMINISTRACION MINMINAS - ICETEX DEL 10 DE JULIO DE 1986

El 10 de julio de 1986 el Ministerio de Minas y Energía y el Director del ICETEX suscribieron el contrato de fondos en administración cuya celebración había sido ordenada por el artículo 6o. del Decreto 2259 de 1959.

Mediante dicho contrato el Ministerio se obligó a constituir un fondo denominado Fondo Ministerio de Minas y Energía-ICETEX, destinado a la financiación de estudios para los respectivos beneficiarios, de acuerdo con los criterios de la Junta Administradora.

Según lo estipula la cláusula cuarta del contrato, la Junta Administradora estaría conformada por el Ministro de Minas y Energía, el Director General de Hidrocarburos y el Director del ICETEX o sus representantes y ejercería las siguientes funciones: adjudicar las becas, créditos y auxilios; autorizar los gastos extraordinarios que demandara la administración del Fondo; autorizar las condiciones de créditos; y decidir los demás aspectos que se sometan a su consideración.

En relación con los beneficiarios de las becas especiales previstas por el artículo 12 del Decreto 916 de 1959 el contrato previó en el parágrafo de la cláusula 5a. que serían escogidos directamente por el comité de becas del Ministerio.

La cuantía del contrato estaba constituída por los saldos no utilizados provenientes del contrato anterior y se incrementaría anualmente con las contribuciones de las empresas mineras y petroleras, más el capital recuperado y los rendimientos que produjera el Fondo.

En la cláusula 8a. del contrato se convino que el Ministerio pagaría al ICETEX, por la administración de los servicios del Fondo, el 8% del presupuesto de gastos aprobados para cada beneficiario y que los gastos extraordinarios debían ser aprobados por la Junta Administradora.

4. DECRETO No. 483 DEL 26 de FEBRERO DE 1990

Mediante este decreto se reglamentó el funcionamiento del Fondo Especial de Becas del Ministerio. En el se adoptó una serie de definiciones que precisan claramente conceptos fundamentales del manejo del Fondo.

En primer lugar, se determinó que el Fondo es un MECANISMO DE ADMINISTRACION de los recursos provenientes del cumplimiento de las obligaciones contempladas en los artículos 18 y 71 del Decreto-Ley 1056 de 1953, 19 de la ley 10 de 1961 y 234 del Decreto-Ley 2655 de 1988, así como de los rendimientos y recuperaciones obtenidos en el manejo de los mismos.

Se precisó también el alcance de los siguientes términos: Beca - Suma de dinero que se otorga a una persona natural, con fines educativos y que no implica reembolso.

Crédito condonable por prestación de servicios - Suma de dinero que se otorga a una persona natural, con fines educativos y con la obligación para el beneficiario de prestar servicios al Ministerio.

Préstamo - Suma de dinero que se otorga a una persona natural, con fines educativos y con la obligación de reembolsarlo.

Estas dos formas de financiación están englobadas en el concepto apoyo financieros.

Elementos educativos - Suscripciones a publicaciones periódicas y adquisición de textos en materias relacionadas con las actividades del Ministerio: compra de equipos para laboratorios de investigación y análisis; ayudas audiovisuales; equipos de cómputo; inscripción de

asociaciones de carácter académico; y contratación de docentes y de servicios para la capacitación del personal del Ministerio.

Familiares - Los hijos de los empleados del Ministerio de Minas y Energía.

El artículo 3 del Decreto 483 de 1990 estableció que los beneficiarios de las becas y los apoyos financieros que otorgue el fondo son los siguientes:

- Empleados vinculados a la planta de personal del Ministerio.

- Familiares de los empleados del Ministerio.

- Hijos de los pensionados del Ministerio.

- Empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades adscritas y vinculadas.

A su vez, el artículo 4 determinó los beneficios a que tendrían derecho cada una de las categorías de beneficiarios antes señaladas, así:

a) Empleados del Ministerio

1) Becas para realizar estudios de educación media.

2) Créditos condonables por prestación de servicios para realizar estudios de formación universitaria, formación técnica profesional y formación tecnológica, en áreas relacionadas con las actividades del Ministerio.

3) Créditos condonables por prestación de servicios para realizar estudios de formación avanzada o de postgrado en el país o en el exterior, en áreas relacionadas exclusivamente con las competencias propias del Ministerio.

4) Becas para participar en seminarios, congresos, cursos de actualización, de idiomas, pasantías y otros eventos de corta duración, en el país o en el exterior.

b) Familiares de los empleados del Ministerio e hijos de los pensionados del mismo.

1) Becas para realizar estudios en el país de preescolar, primaria, educación media, formación universitaria, formación técnica profesional y formación tecnológica.

2) Préstamos para realizar estudios de formación avanzada o de postgrado en el país o en el exterior.

c) Empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio.

Créditos condonables por prestación de servicios a la empresa donde trabaja el beneficiario, al Ministerio o a entidades adscritas o vinculadas al mismo, para realizar estudios de formación avanzada o de postgrado únicamente en las siguientes áreas: Derecho de minas y petróleos, derecho público, planeación de los recursos naturales no renovables, geología e ingenierías geológica, de petróleos, eléctrica, de minas, de minas y metalúrgica, de minas y petróleos y física.

El artículo 5 del Decreto modificó las disposiciones expedidas con anterioridad, que establecían que el fondo sería administrado por el ICETEX a través de convenio suscrito con el Ministerio, al disponer que aquel podrá ser administrado por una entidad pública o privada cuyo objeto social incluya el cumplimiento de funciones de administración de recursos educativos.

La Junta Administradora estaría integrada por el Ministro o su delegado, el Director de la entidad administradora o su delegado y dos representantes del Ministro.

En la conformación del comité de Becas y Apoyos Financieros del Fondo, se incluyeron los Directores Generales de Hidrocarburos, Minas y Asuntos Legales, el Jefe de la Oficina de Planeación, el representante de los empleados del Ministerio en la Comisión de Personal y el Jefe de la sección de Bienestar Social y Adiestramiento. La función del citado comité era la de aprobar las becas para los beneficiarios del fondo.

Por su parte, el artículo 15 consagró la facultad para el Ministro de aprobar directamente que con los recursos del fondo se sufragen los costos de asistencia de los funcionarios a cursos, congresos, seminarios y otros eventos similares, que se celebren en el país y de aprobar por excepción las becas para la participación de los funcionarios en eventos de corta duración (ordinal 4.1.4) en el país o en el exterior.

Cabe por último, anotar que el decreto 483 de 1990 derogó expresamente los decretos 2683 de 1953, 916 y 2259 de 1959, 438 de 1962, 895 de 1963 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

Mediante el decreto 671 del 27 de marzo de 1990 fue adicionado el artículo 17 del decreto 483 del mismo año, para establecer que, mientras el Ministerio celebrara el convenio de administración del Fondo o asumía

su manejo, el podía ser administrado por el ICETEX en los términos del contrato suscrito en 1986.

No obstante, el 10 de julio de 1990 se celebró un nuevo contrato de fondos en administración entre el Ministerio y el ICETEX, previa la expedición, mediante resolución, de un nuevo reglamento del Fondo.

5. RESOLUCION No. 2171 de 1990 POR LA CUAL SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL FONDO ESPECIAL DE BECAS DEL MINISTERIO

La resolución No. 2171 aprobó el reglamento adoptado por la Junta Administradora en su sesión del 27 de febrero de 1990, el cual determinó, en su artículo 4o., que las liquidaciones del valor de los aportes que debían hacer las empresas productoras de petróleo y gas, así como los titulares de derechos mineros, serían efectuadas por las direcciones Generales de Hidrocarburos y Minas, respectivamente.

La resolución fijó algunos requisitos para el trámite de los beneficios y señaló los criterios de selección para la revisión, clasificación y aprobación de las solicitudes (artículo 29).

La citada resolución No. 2171 de 1990 fue revocada en su totalidad por la resolución No. 32008 del 16 de octubre de 1991, por considerar que en el reglamento la Junta fijó las condiciones para acceder a los beneficios, función que de acuerdo con el decreto 483 correspondía al comité

6. CONTRATO DEL 10 de JULIO DE 1990 ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y EL ICETEX

El Ministerio y el ICETEX suscribieron un nuevo convenio (contrato interadministrativo) por medio del cual el primero se obligó a constituir en el segundo un fondo denominado Fondo Especial de Becas del Ministerio de Minas y Energía - ICETEX, destinado al otorgamiento de becas y apoyos financieros con fines educativos a los candidatos seleccionados por el Ministerio de conformidad con el decreto 483 de 1990.

Entre las funciones asignadas a la Junta Administradora se destacan las siguientes: distribuir y ejecutar el presupuesto anual del Fondo, ejercer el control financiero de éste y rendir Mensualmente al Ministerio un informe sobre el Estado económico del mismo y ejercer el control académico sobre las becas y apoyos financieros y la propia entidad administradora (ICETEX).

La cláusula 6a. del contrato consagró la obligación para el ICETEX de presentar informes mensuales, trimestrales y anuales sobre la ejecución presupuestal y las actividades cumplidas en relación con el Fondo, así como todos los demás informes requeridos por el Ministerio.

Se previó también, en la cláusula 8a. que el ICETEX debía llevar el control académico de los beneficiarios de las becas y apoyos financieros del Fondo y presentar el correspondiente informe al comité de becas y apoyo financieros del Ministerio.

El contrato de 1990 conservó en el mismo nivel del 8% de los desembolsos realizados el valor pagadero al ICETEX por la administración del fondo.

Como término de duración del contrato la cláusula 18 estableció el de dos años contados a partir de la fecha de firma (10 de julio de 1990) y se consagró la prórroga automática por el mismo lapso si ninguna de las partes manifiesta a la otra su intención de no prorrogarlo, con una antelación de tres (3) meses. También se prevé la terminación unilateral con anticipación idéntica.

2. SE CONSULTA:

1o. De acuerdo con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los beneficios educativos que otorga el Fondo Especial de Becas del Ministerio de Minas y Energía deben considerarse cobijados dentro de la prohibición contenida en la disposición anteriormente citada?

2o. Debe el Ministerio de Minas y Energía abstenerse de conceder los mencionados beneficios educativos?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1) Inicialmente, los decretos 805 de 1947 y 1056 de 1953 (Código de Petróleos) disponían que las personas que celebraran contratos con el Estado para la exploración y explotación de petróleo debían dar enseñanza técnica gratuita en áreas relacionadas con dicha industria, a los alumnos escogidos por el gobierno.

Posteriormente, la ley 10 de 1961, fijó una obligación parafiscal consistente en que los mencionados contratista, deben depositar, mensualmente en el Fondo Especial de Becas del Ministerio de Minas y Petróleos - hoy de Energía-, la suma de un tercio de centavo de dólar por cada barril de petróleo obtenido en la explotación para atender el sostenimiento de becas en el exterior.

2) El artículo 10 del Decreto reglamentario 916 de 1959, dispuso que las personas que explotaran petróleo podían cumplir la obligación de enseñanza a personal colombiano, de la siguiente manera:

a) Autorizando el estudio práctico en el sitio de la explotación y cubriendo a cada estudiante una asignación mensual determinada, o

b) consignando en la Tesorería General de la República, en un Fondo especial, una cantidad determinada por cada alumno que se sostenga.

3) El decreto reglamentario 2259, adscribió al Instituto Colombiano de Especialización Técnica en el exterior (ICETEX) la administración de los fondos asignados para Becas que otorguen el Ministerio de Minas y las personas que exploten petróleo en el país.

Esta norma le confió al ICETEX (entidad especializada en la materia) el manejo de los fondos integrados por los aportes del Ministerio de Minas y de las contribuciones parafiscales de las personas o compañías que se dediquen a la explotación de petróleo.

4) De las normas anteriores se deduce que en el País se ha implementado un sistema de becas por el Ministerio de Minas y Energía, el cual está conformado por la capacitación que otorgue el mismo ministerio a sus empleados y las becas que deben sostener las personas explotadoras del petróleo. Con estos aportes y contribuciones se creó un fondo con el objeto de manejar racionalmente los recursos, y que con el tiempo se adscribió al ICETEX, entidad que tiene la organización necesaria para realizar las actividades tendientes al cumplimiento de las finalidades del programa.

5) En el año de 1988 se expidió el Código de Minas, mediante el decreto ley 2655, el cual dispuso en su art. 234, una norma similar a la del Código de Petróleos, relativa a la capacitación de funcionarios del Ministerio de Minas y Energía con recursos provenientes de las contribuciones que están obligados a pagar los titulares de derechos mineros. De este modo, cada año con la presentación de los informes de explotación, se cancelarán las sumas equivalentes a uno, dos o tres salarios mínimos mensuales vigentes al momento del pago, según se trate de proyectos de pequeña, mediana o gran minería, respectivamente. Las cantidades recaudadas se destinarán, según prevé el segundo inciso del citado artículo 234, a la educación de los empleados del Ministerio y a sus familiares.

6) Mediante el decreto reglamentario 483 de 1990 se determinó el campo de aplicación y el alcance de las normas contenidas en los códigos de Petróleos y de Minas sobre recursos para la capacitación de personal vinculado al Ministerio de Minas y Energía.

En el art. 1o., definió como familiares de los empleados del Ministerio a los hijos de éstos, y en el artículo 3o., definió como beneficiarios de las becas, además de los empleados del Ministerio de Minas y sus familiares, a los hijos de los pensionados de dicho Ministerio y a los empleados públicos y trabajadores oficiales de los entes adscritos o vinculados a ésta misma entidad.

Con ésta disposición se pretende circunscribir el beneficio de las becas a un grupo de personas vinculadas con los sectores minero y petrolífero, con el objeto de que haya personal Colombiano Técnico y Práctico en éstas áreas, que redunde en el desarrollo de dichos sectores.

En efecto, tal como se vio el Código de Minas en el artículo 234 dispone que los recursos provenientes de las contribuciones de los titulares de derechos mineros se destinarán a la educación de los empleados del Ministerio y de sus familiares, norma mas precisa que las contenidas en los artículos 18 y 71 del Código de Petróleos que disponen la preparación de personas a la industria de petróleo pero sin especificar que ellas deban ser empleados vinculados al Ministerio de Minas y Energía.

De éste modo el decreto reglamentario ha interpretado la voluntad del legislador extraordinario de propender por el mejoramiento de las actividades mineras y petroleras del país, a través de la formación técnica de los empleados del sector. De otra parte, como el artículo 234 del decreto ley 2655 de 1.988 (Código de Minas) se refiere a la educación de los empleados del Ministerio de Minas y de sus familiares, se entiende, que los recursos deben destinarse para formación educativa en todos los niveles, no solo, para formación profesional relacionada con las áreas de la minería y la petroquímica.

7) Las contribuciones económicas de los particulares dedicados a las actividades petroleras y mineras, que deben destinarse a la educación del personal del Ministerio de Minas y Energía y de sus familiares, tienen *un carácter parafiscal* que proviene de la ley y que por lo mismo es obligatorio. Además su destinación es determinada por la misma ley, en armonía con lo dispuesto en el artículo 359, numeral 2 de la Constitución Nacional, es decir que las rentas nacionales que se inviertan en la educación de las personas señaladas por las normas dictadas, *tiene una doble finalidad de inversión social*, primero una inmediata que es la educación misma de las personas favorecidas con las becas o los préstamos y, segundo una inmediata que es el mejoramiento de la industria minera y del petróleo que permite el desarrollo social y económico del país.

8) En efecto, como ha sostenido la Sala en concepto de 9 de junio de 1992 (radicación 446), el artículo 355, inciso 1o., de la Constitución Nacional prohibe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones

unilaterales en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado que, según la constitución derogada, podía efectuar el congreso, para fomentar entidades útiles o benéficas dignas de apoyo, con sujeción a los planes y programas correspondientes, sin que existiera ninguna retribución.

Por este motivo, el inciso 2o. del citado artículo 355 de la Constitución Política, autoriza a los gobiernos nacional, departamentales y municipales para celebrar contratos de prestación de servicios con "entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad" para que estas cumplan y desarrollen programas y actividades de interés público acordes con los correspondientes planes de desarrollo, mediante una retribución.

9) Con la prohibición prescrita en el art. 355 de la Constitución Nacional, se quiere proteger las rentas e ingresos del Estado y evitar que los dineros del Tesoro Público se desvíen en gastos que no le van a producir ningún beneficio ni retribución al país y que solo incrementarían la riqueza de los particulares.

En el asunto materia de estudio, las normas preven el sostenimiento de estudios o becas para los empleados del Ministerio de Minas y Energía de sus familiares y de los empleados de las entidades adscritos y vinculados a este ministerio, y la concesión de créditos para las mismas personas con el objeto de realizar estudios de formación avanzada en el país o en el exterior.

En rigor, *las becas no son auxilios ni donaciones*, por el contrario, consisten en el pago que la entidad, en este caso, el Ministerio de Minas y Energía, hace a la institución de educación directamente para sostener por un tiempo determinado a los beneficiarios, para que adelanten los estudios académicos autorizados.

De lo anterior se deduce que *las becas y los préstamos* implementados por el Ministerio de Minas y Energía, que tienen como recursos principales las contribuciones parafiscales de las personas explotadoras de petróleo y de los titulares de derechos mineros, *no son auxilios ni donaciones* y por lo mismo no están incluidos en la prohibición del artículo 355, inciso 1o. de la Constitución Nacional. De manera que el Ministerio de Minas y Energía, por este motivo, no debe abstenerse de continuar concediendo becas y préstamos educativos a sus empleados y familiares, según las disposiciones de las normas vigentes.

Transcríbase en sendas copias al señor Ministro de Minas y Energía y al señor secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

REGISTRO DE PROPONENTES-Inscripción/**REGISTRO DE PROPONENTES**-Cancelación

El término de vigencia señalado por el artículo 45 del Decreto 222 de 1983, a la inscripción de proponentes, determina el término de la sanción prevista en relación con dicha inscripción. El infractor carente de inscripción quedaría, así, imposibilitado por dos años, contados a partir de la cancelación, para celebrar contratos con entidades públicas, sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer el juez penal. Y sería inadmisible durante ese término, su solicitud para obtener inscripción nueva. En desarrollo del principio de legalidad, en subsidio del cual, no cabe aplicar otros, la administración sólo puede calificar como faltas administrativas los hechos previstos como tales en el inciso 9o. del artículo 45 del Decreto 222 de 1983 e imponer la sanción fijada para los que resulten descubiertos, es decir, comprobados. De allí que administrativamente la inscripción se cancele y los posibles derechos para renovarla queden sujetos a los resultados de la investigación penal teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 8o., numeral 6o. del Decreto 222 de 1983. Pero la imposición de la sanción penal cuando los mismos hechos configuren delito, es competencia autónoma a cuyo ejercicio y resultado no está condicionada la administración para ejercer la que se le atribuya en forma directa por la ley en relación con la cancelación de la inscripción.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Radicación No. 450

Referencia: Consulta relacionada con el término de cancelación de la Inscripción en el registro de constructoras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"El Ministerio de Obras y Transporte tiene organizados en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto-Ley 222 de 1983, Decreto 1522 de 1983 y las Resoluciones Internas Nos. 7061 de 1983, 7571 de 1987 y 5695 de 1988, los Registros de Proponentes (Constructores, Consultores, Proveedores).

La Administración ha venido desarrollando normalmente sus funciones en relación con el Registro de Proponentes del Ministerio de Obras Públicas y Transporte sin dilatar los trámites partiendo del principio de la buena fe y de la presunción de autenticidad de los documentos.

Motivado en el hecho de haber observado que en algunos casos, una vez atendidas solicitudes de revocación o actualización en el Registro de Constructores, se presentaba un exagerado incremento en la capacidad de contratación del proponente, respecto a la capacidad que había obtenido en su última calificación, se optó por adelantar un proceso de verificación de la información suministrada, especialmente sobre la autenticidad de las copias de las declaraciones de renta aportadas.

Con ese objetivo se acudió a la Dirección General de Impuestos Nacionales, quien reportó que los datos y cifras del documento suministrado para renovación o actualización no correspondían a los del documento que reposaba en sus archivos.

De otra parte, algunos constructores facilitaron al Ministerio nuevas copias de sus declaraciones de renta, que comparadas con las allegadas para la calificación también diferían en cuanto a los datos allí incluidos.

Lo anterior, evidenció que el resultado de la calificación no estaba acorde con la realidad.

Al detectarse dichas irregularidades, se procedió a instaurar ante la justicia penal la denuncia correspondiente por presunta falsedad en documento público.

Adicionalmente, la Entidad expidió las resoluciones que ordenaban la cancelación de la inscripción en el Registro de Constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, acogiéndose a lo dispuesto en la Resolución No. 7061 del 9 de agosto de 1988, la cual consagra esta posibilidad cuando exista alteración, fraude o distorsión en la información presentada por los proponentes.

CONSULTA.

1. ¿Si dentro del período de veinticuatro (24) meses de vigencia de la inscripción, esta se cancela, cuál deberá ser el término de dicha cancelación para que la administración se abstenga de tramitar una nueva solicitud de inscripción?

2. ¿En el evento en que a una persona a quien se le haya cancelado la inscripción por alteración, fraude o distorsión, solicite una nueva inscripción, la Administración está obligada a darle trámite o en salvaguarda del principio de moralidad consagrado en el artículo 2 del Decreto 1522 de 1983, debe abstenerse hasta tanto no se determine la responsabilidad por la autoridad competente?"

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Está prevista por el Decreto 222 de 1983, en su artículo 45, la actualización del registro de proponentes con base en documentos que la respectiva entidad considere necesarios para conocer las calidades del inscrito. Y con base en la revisión de los documentos oportunamente presentados, puede modificarse o cancelarse la calificación y clasificación al interesado.

La cancelación de la inscripción procede cuando la entidad descubra falsedad en los documentos que sirvieron de base para la inscripción, actualización o revisión (artículo 45, inciso 9o. Decreto Ley 222 de 1983).

Las personas inscritas, calificadas y clasificadas en los diferentes registros conservarán su calificación hasta el vencimiento de la misma; pero para la nueva calificación deberán cumplir los requisitos y demás condiciones exigidas en el Decreto Reglamentario 1522 de 1983. "Es obligación de los inscritos solicitar expresamente, antes del vencimiento del término señalado en el artículo 45 del Decreto 222 de 1983, la renovación de sus registros, efecto para el cual la respectiva entidad los requerirá por escrito por lo menos con dos (2) meses de anticipación a dicho vencimiento. El silencio del inscrito determinará la cancelación de su registro" (artículo 40).

La calificación y clasificación de los proponentes tendrá vigencia de veinticuatro (24) meses (artículo 45, inciso 4o. Decreto Ley 222 de 1983).

De conformidad con el artículo 4o. de la Resolución No.7061 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, corresponde al Director de Licitaciones y Contratos expedir la resolución de inscripción, calificación y clasificación de constructores en el Registro de Proponentes de dicho Ministerio, previo concepto del Comité de Clasificaciones. Como factor de calificación, la capacidad financiera se determina con base en la declaración de renta del último año gravable (artículos 4o. y 7o. Resolución 7061 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte).

La Dirección de Licitaciones y Contratos tramitará la cancelación de la inscripción, previo concepto del Comité de Calificación, Clasificación y Registro de conformidad con las causales señaladas por el artículo décimo segundo de la resolución citada, v.g. "cuando se descubra alteración, fraude o distorsión en la información o documentación que sirvió de base para la inscripción". (Resolución 7061 del Ministerio de Obras Públicas artículo décimo segundo).

La misma causal de cancelación de inscripción se señala en el registro de consultores, reglamentada por Resolución No.7571 de 1987 y en el de proveedores, reglamentado por Resolución 5095 de 1988.

Ninguna, en todo caso, de las disposiciones antes relacionadas, señala, de manera expresa en el tiempo, el término de duración a la sanción impuesta o límite a la producción de sus efectos. En todo caso, la cancelación de la inscripción en el registro de proponentes inhabilita ipso jure para celebrar contratos con las entidades a que se refiere el Decreto 222 de 1983 (artículo 8o. numeral 4o.)

Sin pretender, en ningún caso, asimilar a inhabilidad la cancelación de una inscripción, por virtud de sus efectos, se observa desde ya que la imposibilidad de celebrar contratos con entidades públicas deviene a constituirse en la inhabilidad del *artículo 8o. numeral 4o. del Decreto 222* en armonía con el primer inciso del artículo 44 y se infiere, como consecuencia, de la aplicación concreta del *inciso 9o. del artículo 45.*

Hay que entender, entonces tal medida administrativa como necesariamente determinada por una conducta ilegal *sin perjuicio de que su configuración como delito la defina el juez competente.* Su adopción por la autoridad administrativa, como carácter de sanción, deja sin efecto el acto de inscripción anterior, a fin de evitar que el responsable, amparado en ella, siga contraviniendo las obligaciones que de tal titularidad se deriven, en perjuicio de la administración misma.

De texto de la norma que prevé taxativamente la imposición de la sanción no puede inferirse si es temporal o definitiva la cancelación de la inscripción hecha por el jefe de la entidad mediante resolución motivada.

Y ningún proceso deductivo legitima, por sí mismo, interpretación extensiva o analógica, en defecto del presupuesto esencial de determinación de la sanción. Potestad sancionatoria de la administración, sin previsión de límites, implicaría un ejercicio de facto, de ejecución ambigua, impropio de una competencia de tal naturaleza cuyo supuesto máximo quedaría marginado del principio de legalidad.

Anular totalmente los efectos de una inscripción, hacer ineficaz la inscripción misma en un registro, puede proceder cuando se cumplan determinadas circunstancias, venza un plazo determinado o se requieran renovaciones periódicas de clasificación y calificación, *pero cuando se descubre que la inscripción se hizo o actualizó sobre bases falsas, la reacción de la administración no puede expresarse sino en la medida de su competencia, no sólo la que le permite verificar la autenticidad de los documentos presentados para obtener la inscripción y cancelarla cuando resulten falsos, sino la que corresponda a una verdadera facultad sancionatoria.*

La aplicación de sanciones indeterminadas riñe en últimas, con el principio reflejado en el artículo 28 de la Constitución Política a cuyo tenor "en ningún caso podrá haber pena imprescriptible", prohibición que comprende toda clase de actuaciones, judiciales y administrativas.

Frente a las cuestiones formuladas resulta, pues, coherente, entender y contestar:

1o. El término de vigencia señalado por el artículo 45 del Decreto 222 de 1983, a la inscripción de proponentes, determina el término de la sanción prevista en relación con dicha inscripción. El infractor carente de inscripción quedaría, así, imposibilitado por dos años, contados a partir de la cancelación, para celebrar contratos con entidades públicas, *sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer al juez penal. Y sería inadmisible durante ese término, su solicitud para obtener inscripción nueva.*

2o. En desarrollo del principio de legalidad, en subsidio del cual, no cabe aplicar otros, la administración sólo puede calificar como *faltas administrativas los hechos previstos como tales en el inciso 9o. del artículo 45 del Decreto 222 de 1983* e imponer la sanción fijada para los que resulten descubiertos es decir, comprobados.

De allí que administrativamente la inscripción se cancele y los posibles derechos para renovarla queden sujetos a los resultados de la investigación penal teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 8o. numeral 6o. del Decreto 222 de 1983. *Pero la imposición de la sanción penal cuando los mismos hechos configuren delito, es competencia autónoma* a cuyo ejercicio y resultados no está condicionada la administración para ejercer

la que se le atribuya en forma directa por la ley en relación con la cancelación de la inscripción.

Pero es claro que esta sanción administrativa constituye un antecedente para resolver futuras solicitudes que haga la persona mencionada.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

USO DEL SUELO-Reglamentación/**CONCEJO MUNICIPAL/ COMPETENCIA**

Para que los conceptos municipales puedan ejercer la facultad que les confiere el artículo 313, número 7, de la Constitución, es necesario que una ley determine los límites de esa atribución. Por consiguiente, mientras se expide la ley que la delimite, continúa vigente la legislación anterior a la Constitución de 1991, particularmente la ley 66 de 1968 y el Decreto 497 de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá, D.E., Agosto seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 453

Referencia: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico relacionada con la competencia de los concejos municipales para reglamentar los usos del suelo, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (Art. 313, numeral 7° de la Constitución Nacional) .

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Desarrollo Económico hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"La Superintendencia de Sociedades desde 1988, viene ejerciendo las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas

que se dedican a las actividades propias de vivienda de conformidad con la distribución de funciones que a través del Decreto 497 del 17 de marzo de 1987, hizo el Gobierno Nacional.

Tales funciones eran ejercidas con anterioridad por la Superintendencia Bancaria, dentro de los límites que fija la Ley 66 de 1968 y las normas que la modificaron y adicionaron y en esos mismos términos, fueron trasladadas a la Superintendencia de Sociedades.

Con ocasión de la expedición de la Nueva Constitución Nacional, se dispuso en el artículo 313 numeral 7o. que "... corresponde a los Consejos ... 7o. reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda...".

Es de anotar que en la actualidad esta Superintendencia está en capacidad de efectuar la entrega formal de las funciones relacionadas con la materia que se trata.

Con fundamento en la facultad consagrada en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo y con miras a buscar el mecanismo más seguro que permita realizar ese traslado de vigilancia sin causar traumatismo a los vigilados, formulo consulta sobre el siguiente aspecto jurídico:

Si frente a la disposición contenida en el artículo 313 numeral 7o. de la Constitución y teniendo en cuenta que actualmente existen leyes que fijan los límites y procedimientos de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen la actividad de enajenación de vivienda, debe entenderse que no es necesaria la expedición de una nueva ley que fije nuevos límites para que los Concejos Municipales puedan iniciar el ejercicio de la función que les ha sido encomendada, o si por el contrario resulta necesario expedir una nueva ley que determine los límites de la inspección y vigilancia para los municipios."

LA SALA CONSIDERA :

1°) Según el artículo 1° de la Ley 66 de 1968, corresponde al Gobierno nacional, por medio de la Superintendencia Bancaria -ahora también de la de Sociedades- ejercer "la inspección y vigilancia de las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de planes o programas de urbanización o construcción de las viviendas, cualesquiera que sea el sistema adoptado; así como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas".

Con el objeto de desarrollar las mencionadas actividades los interesados debían inscribirse en la Superintendencia Bancaria y obtener, para cada plan

o programa, el correspondiente permiso expedido por la misma entidad (artículos 3° y 5° de la Ley 66 de 1968).

2°) La Ley 66 de 1968 regula detalladamente el cumplimiento de los planes o programas de construcción y enajenación de viviendas, conforme a lo dispuesto por el artículo 1°, en síntesis, a saber:

Determina el plazo de treinta días para conceder o denegar el permiso, que se entiende concedido si la administración nada resuelve en ese lapso (artículo 5°, ordinal 6°, inciso 2°); los requisitos para conceder el permiso cuando el inmueble esté hipotecado y para constituir nuevas hipotecas (artículos 7°, 8° y 9°); los requisitos para otorgar el permiso cuando los inmuebles no pertenecen a la persona que solicita el permiso (artículo 9°); la obligación de efectuar las obras de urbanismo y de los servicios públicos exigidos por las autoridades municipales (artículo 10°); las sanciones penales que se deben imponer a quienes obren sin inscripción vigente o sin permiso (artículo 11); los casos en los cuales la Superintendencia Bancaria pueda tomar posesión de negocios, bienes y haberes de las personas, naturales y jurídicas, que se ocupen de las actividades reguladas por la Ley 66 de 1968 y las disposiciones que, al efecto, se deben adoptar (artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19); los actos que pueden anularse de las personas sometidas al proceso de liquidación y los derechos de los terceros de buena fe (artículo 23); la necesidad de adaptar a la Ley 66 de 1968 las actividades iniciadas antes de su expedición (artículo 24); las multas que puede imponer la Superintendencia Bancaria -hoy también la de Sociedades- y los requisitos para demandar los correspondientes actos (artículos 28, 29 y 30); las facultades especiales de las entidades encargadas de la vigilancia y los deberes de los inspectores de trabajo en relación con los contratos que, sobre las actividades determinadas por el artículo 1° de la Ley 66 de 1968, se celebren con personas que tengan permiso vigente (artículos 35 y 37) y los casos excluidos de la Ley 66 de 1968 (artículo 42).

3°) De manera que, según lo expuesto, la Ley 66 de 1968, reguló amplia y detalladamente las actividades las de construcción y enajenación de inmuebles, "dentro de planes o programas de urbanización o construcción de las viviendas, cualquiera sea el sistema adoptado".

4°) El Decreto 0497 de 1987, atribuyó las indicadas funciones de vigilancia a la Superintendencia de Sociedades, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, con excepción de las sociedades fiduciarias, que se rigen por la Ley 66 de 1968, cuya vigilancia corresponde a la Superintendencia Bancaria, adscrita al Ministerio de Hacienda.

5°) El artículo 313, número 7, de la Constitución atribuye a los concejos municipales "reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije

la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción de inmuebles destinados a vivienda".

Como se deduce de su claro tenor literal, para que los concejos municipales puedan regular la vigilancia y control de las actividades relativas a la construcción de inmuebles para viviendas, es indispensable que la ley determine los límites de esa competencia. Por consiguiente, mientras se expide la ley que la delimite, continúa vigente la legislación anterior a la Constitución de 1991, particularmente la ley 66 de 1968 y el Decreto 497 de 1987.

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

Para que los concejos municipales puedan ejercer la facultad que les confiere el artículo 313, número 7, de la Constitución, es necesario que una ley determine los límites de esa atribución. Por consiguiente, mientras se expide la ley que la delimite, continúa vigente la legislación anterior a la Constitución de 1991, particularmente la ley 66 de 1968 y el Decreto 497 de 1987.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro R, Secretaria.

MUNICIPIO-Creación/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/COMPETENCIA/ORDENANZA-Sanción/GOBERNADOR/COMPETENCIA

El artículo 40 de la Constitución Nacional se refiere a las creaciones de municipios hechas por las Asambleas por medio de ordenanzas aprobadas y sancionadas de conformidad con la ley; a) los proyectos de ordenanza aprobados en las Asambleas, pero que no fueron sancionados por los Gobernadores, no nacieron a la vida jurídica, y, por lo mismo, no se les puede aplicar la norma constitucional transitoria; en relación con las ordenanzas aprobadas y sancionadas antes del 7 de julio de 1991, fecha de promulgación de la nueva constitución, que se demandaron ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y respecto de las cuales no hubo pronunciamiento definitivo, se les debe aplicar las disposiciones del artículo 40 transitorio de la Constitución Política. Las ordenanzas aprobadas y sancionadas, que hubieren sido demandadas, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y anuladas mediante sentencia definitiva antes de la promulgación de la Nueva promulgación de la nueva Constitución, no pueden ser convalidadas por las disposiciones del artículo 40 transitorio de la Carta Política. Los proyectos de ordenanza que no recibieron sanción ejecutiva hasta el 31 de diciembre de 1990, debido a que en esta fecha no habían adquirido vida jurídica, no quedaron comprometidos en la disposición del artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional.

PROYECTO DE ORDENANZA/GOBERNADOR-Facultades/ **OBJECIONES**-Trámite

Las objeciones del Gobernador a un proyecto de ordenanza deben seguir el trámite normal previsto por la Constitución y el decreto-ley 1222 de 1986. Según estas disposiciones, si el Gobernador objeta un proyecto de ordenanza, por motivos de inconveniencia, de inconstitucionalidad o ilegalidad, él debe volver a la consideración de la Asamblea. Si la objeción es por inconveniencia y la Asamblea la desecha el gobernador debe sancionar la ordenanza. Desde la fecha de la sanción existe el acto administrativo denominado ordenanza. Si la objeción es por inconstitucionalidad o ilegalidad y la asamblea la desecha, el proyecto de ordenanza debe pasar al correspondiente tribunal administrativo para que lo verifique. Si el Tribunal declara constitucional o legal el proyecto de ordenanza, el Gobernador está obligado a sancionarlo. En este caso, desde la fecha de la sanción existe la ordenanza.

ORDENANZA-Naturaleza/**ACTO COMPLEJO/GOBERNADOR**-Facultades

Las ordenanzas son actos administrativos con carácter complejo, porque la sanción del gobernador es parte integrante de la ordenanza, toda vez que por disposición legal, se requiere del concurso de voluntades de la Asamblea y del Gobernador que se unen en una sola voluntad para producir un acto único. Sin la sanción el proyecto de ordenanza no produciría efectos jurídicos, y, por lo mismo, no será obligatoria porque no se ha completado su trámite y porque cada uno de los actos que integran la ordenanza no tienen existencia jurídica en forma separada o independiente.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Ref: Radicación 423 . Validez de las creaciones de municipios antes del 31 de diciembre/90 (Adición a la consulta 423)

El Ministro de Gobierno formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil, la siguiente consulta:

"El Ministro de Gobierno desea adicionar la consulta realizada a esa H. Sala con fecha 17 de diciembre de 1991 mediante oficio 974, en

relación con la validez de los actos creadores de municipios (art. 40 transitorio de la Constitución Política), por cuanto han surgido nuevas inquietudes sobre la aplicación del referido artículo, especialmente frente a actos administrativos ordenanzales creadores de municipios que no alcanzaron a ser sancionados por el Gobernador respectivo, ni publicados.

En relación con el tema se consulta:

1. El artículo transitorio 40 hace referencia a la creación de municipios que se encontraban en alguna de estas situaciones administrativas:

a) A los proyectos de ordenanza aprobados en tres debates pero no sancionados ni publicados por los Gobernadores respectivos por vicios de ilegalidad?

b) A los actos administrativos ordenanzales de creación de municipios demandados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sin fallo definitivo?

c) A los actos administrativos ordenanzales, demandados ante el Tribunal de lo Contencioso y anulados por éste?

d) A todos los proyectos de ordenanza en trámite (sin su correspondiente sanción o publicación) y a los demandados por alguna ilegalidad?

2. Los Gobernadores están obligados a sancionar y publicar los proyectos de ordenanza aprobados en tres debates por las Asambleas antes del año 1991 y objetados por sus antecesores?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1.) La Sala sostuvo en concepto de 13 de febrero de 1992 (radicación 423), que las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990, son válidas de conformidad con lo previsto en el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, y que esta norma se "refiere a aquellas creaciones que están vigentes, es decir, que aunque adolecían de algún vicio, no fue declarada la nulidad por la jurisdicción de lo contencioso administrativo antes de la promulgación de la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada".

2.) En efecto, tanto la Constitución de 1886 como la nueva Constitución, han atribuido a las Asambleas Departamentales la competencia para crear y suprimir municipios, llenando los requisitos que establezca la ley; facultad que ejerce por medio de actos administrativos denominados ordenanzas.

3.) Los artículos 72 y siguientes del Decreto ley 1222 de 1986, determinan el procedimiento que se debe adelantar para la expedición de las ordenanzas. De este modo, el artículo 75, dispone que "para que un proyecto sea ordenanza debe aprobarse en tres (3) debates, celebrados en tres (3) días distintos", y el artículo 77 agrega, que una vez aprobado un proyecto de ordenanza en la correspondiente Asamblea pasará al Gobernador para su sanción y si éste no lo objeta ordenará que se promulgue como ordenanza, pero si lo objetare, lo devolverá a la Asamblea".

El artículo 78 establece unos términos dentro de los cuales el Gobernador puede devolver los proyectos de ordenanzas con objeciones a la Asamblea y dispone que si el Gobernador, "Una vez transcurridos los términos indicados, no hubiere devuelto el proyecto con objeciones deberá sancionarlo y promulgarlo".

Devuelto el proyecto de ordenanza con objeciones deberá ser considerado en la Asamblea y, de ser aprobado nuevamente por la mitad mas uno de sus miembros, el Gobernador deberá sancionarlo sin poder presentar nuevas objeciones por inconveniencia. Pero "Si las objeciones fueren por ilegalidad o inconstitucionalidad y la Asamblea insistiere, el proyecto pasará al Tribunal Administrativo del Departamento para que decida definitivamente sobre su exequibilidad..."

De otra parte, el artículo 81 define la sanción ejecutiva como el "Acto del jefe superior del Departamento que manda ejecutar el proyecto que le envía la respectiva Asamblea y con el cual revista a éste del carácter de ordenanza.

A su turno, los artículos 82 y 83 disponen que una vez sancionada una ordenanza, deberá publicarse en el periódico oficial del departamento, la cual regirá en todo el territorio departamental, treinta días después de la mencionada publicación. "Sin embargo, las Asambleas pueden reglamentar, este punto como a bien lo tengan; pero en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación".

4.) De las normas estudiadas sobre la expedición de ordenanza, se deduce que estos actos administrativos departamentales tienen el carácter de actos complejos, porque la sanción del Gobernador es parte integrante de la ordenanza, toda vez que por disposición legal, se requiere del concurso de voluntades de la Asamblea y del Gobernador que se unen en una sola voluntad para producir un acto único. Sin la sanción el proyecto de ordenanza no producirá efectos jurídicos y, por lo mismo, no será obligatoria porque no se ha completado su trámite y porque cada uno de los actos que integran la ordenanza no tienen existencia jurídica en forma separada o independiente.

5.) Por lo expuesto se concluye que, para poder aplicar lo ordenado por el artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional, se requiere que los actos creadores de municipios hayan surgido a la vida jurídica antes del 31 de diciembre de 1991, es decir, que las ordenanzas respectivas hubieran sido aprobadas y sancionadas, tal como lo ordenan las normas pertinentes, estudiadas del decreto ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental) y, además, que no hubieran sido anuladas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo antes de la fecha en que entró a regir la nueva Constitución, mediante sentencia ejecutoriada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve la consulta del señor Ministro en los siguientes términos:

1.- El artículo 40 transitorio de la Constitución Nacional se refiere a las creaciones de municipios hechas por las Asambleas por medio de ordenanzas aprobadas y sancionadas de conformidad con la ley; en relación con las situaciones planteadas en la consulta, se tiene:

a) De suerte que los proyectos de ordenanza aprobados en las Asambleas, pero que no fueron sancionados por los Gobernadores, según se explicó, no nacieron a la vida jurídica, y, por lo mismo, no se les puede aplicar la norma constitucional transitoria.

b) En relación con las ordenanzas aprobadas y sancionadas antes del 7 de julio de 1991, fecha de promulgación de la Nueva Constitución, que se demandaron ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y respecto de las cuales no hubo pronunciamiento definitivo, la Sala considera que se les debe aplicar las disposiciones del artículo 40 transitorio 40 de la Constitución Política.

c) La Sala estima que las ordenanzas aprobadas y sancionadas, que hubieren sido demandadas, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y anuladas mediante sentencia definitiva antes de la promulgación de la nueva Constitución, no pueden ser convalidadas por las disposiciones del 40 transitorio de la Constitución Política.

d) Los proyectos de ordenanza que no recibieron sanción ejecutiva hasta el 31 de Diciembre de 1990, debido a que en esa fecha no habían adquirido vida jurídica, no quedaron comprendidos en la disposición del art. 40 Transitorio de la Constitución Nacional.

2.- Esta pregunta no tiene ninguna relación con el artículo 40 transitorio de la nueva Constitución, por cuanto solamente las ordenanzas con vida jurídica a la fecha del 31 de diciembre de 1990 y que crean municipios, están amparadas por la presunción constitucional a que se refiere dicho artículo.

Las objeciones del Gobernador a un proyecto de ordenanza deben seguir el trámite normal previsto por la Constitución y el decreto-ley 1222 de 1986. Según estas disposiciones, si el Gobernador objeta un proyecto de ordenanza, por motivos de inconveniencia, de inconstitucionalidad o ilegalidad, él debe volver a la consideración de la Asamblea.

Si la objeción es por inconveniencia y la Asamblea la desecha el Gobernador debe sancionar la ordenanza. Desde la fecha de la sanción existe el acto administrativo denominado ordenanza.

Si la objeción es por inconstitucionalidad o ilegalidad y la Asamblea la desecha, el proyecto de ordenanza debe pasar al correspondiente Tribunal Administrativo para que lo verifique. Si el Tribunal declara Constitucional o Legal el proyecto de ordenanza, el Gobernador está obligado a sancionarlo. En este caso, como en el anterior, desde la fecha de la sanción existe la ordenanza.

Transcríbase en...PASAN FIRMAS

Transcríbese en...PASAN FIRMAS

Transcríbase en sendas copias al señor Ministro de Gobierno y a la secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

PUERTOS DE COLOMBIA-Liquidación/**EMPLEADO OFICIAL**-Régimen Prestacional

La liquidación de los trabajadores oficiales de puertos de Colombia debe efectuarse exclusivamente de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 de la Ley 1a. de 1991.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil

Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Radicación No. 418

Referencia: Consulta formulada por el Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones de Ministro, relacionada con el régimen laboral especial para la liquidación de los trabajadores de Puertos de Colombia.

El señor Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones de Ministro, formula a esta Sala una consulta en relación con el régimen laboral especial para la liquidación de los trabajadores de Puertos de Colombia:

"I. FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

1. La Ley 1a. de 1991 (10 de enero), "Por la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones", ordena:

Art.33.- "Liquidación. Liquídese la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS. Su Gerente, o la persona que designe el Presidente de la República, en coordinación con su Junta Directiva, actuará como Liquidador. La liquidación tendrá una duración máxima de tres años, contados a partir de la publicación de la presente ley. Todos los activos que no se vendan o que no se aporten a una sociedad portuaria, pasarán a ser propiedad de la Nación por obra de esta Ley. (...)"

Art. 35.- "Asunción de pasivos de Puertos de Colombia; aportes de Puertos de Colombia a las sociedades portuarias regionales. La Nación asumirá el pago de las pensiones de jubilación de cualquier naturaleza, de las demás prestaciones sociales y de las indemnizaciones y sentencias condenatorias ejecutoriadas o que se ejecutorien a cargo de Puertos de Colombia, así como de su deuda interna y externa. (...)"

Art. 36.- "Protección del empleo. Durante el proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia se creará una Comisión de Promoción de Empleo...

El liquidador de Puertos de Colombia, siguiendo las pautas que cree la Comisión de Promoción de Empleo, indemnizará a los trabajadores oficiales cuyos cargos se supriman, de conformidad con las normas vigentes; pero podrá ofrecer a aquellos cuya colaboración sea especialmente útil, la opción de vincularse a un cargo específico, en las condiciones laborales propias de éste".

Art. 37.- "Facultades extraordinarias. Revístase de facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de un año contado a partir de la publicación de la presente ley, para:....

"37.2.- Dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y de presupuesto para la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, para la formación de las sociedades portuarias de que tratan los artículos 34, 35 y 36 de esta Ley, y para asegurar la protección del empleo de que trata el artículo 36".

2. En virtud de las anteriores disposiciones, y en especial del mandato contenido en los artículos 36 inciso 2o. y 37 numeral 2o. se desprende:

a. La Ley 1a. de 1991, (art. 37.2) expresamente facultó al Presidente para dictar normas especiales sobre régimen laboral para la liquidación de la Empresa:

b. Al liquidador de Puertos de Colombia se le facultó para indemnizar de conformidad con las normas vigentes, a los trabajadores oficiales

cuyos cargos se supriman y siguiendo las pautas que crea la comisión de promoción de Empleo.

3. La Empresa Puertos de Colombia es una empresa industrial y comercial del Estado. Las personas a ella vinculadas, por regla general, tienen la calidad de trabajadores oficiales. En consecuencia, al efecto de la terminación de los contratos de trabajo por liquidación de la empresa, se aplica la Ley 6a. de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año. Este último dispone:

Art. 47.- "El contrato de trabajo termina: (...)

f) Por liquidación definitiva de la empresa...siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3o. del artículo 44 (1 mes) o que se haya pagado un mes de salario y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo."

Art. 51.- "Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16 y 47 ... la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".

II. SE CONSULTA

¿Puede el liquidador, durante el proceso de liquidación de la empresa, apartarse del procedimiento indicado en el artículo 36 de la Ley 1a. de 1991, o de las disposiciones que dicte el Presidente de la República, como legislador extraordinario en virtud del numeral 2o. del artículo 37 de la Ley 1a., para crear en convención colectiva un régimen laboral especial para la liquidación de los trabajadores oficiales de Puertos de Colombia?"

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Para la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia y para asegurar la protección del empleo de que trata el artículo 36 de la Ley 1a. de 1991, corresponde al Presidente de la República por facultades extraordinarias concedidas en el artículo 37 de la misma Ley dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral y de presupuesto y crear la comisión de Promoción de Empleo a cuyas pautas debe acordar el liquidador el pago de las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores oficiales cuyos cargos se supriman.

Sometida Puertos de Colombia a un régimen especial de liquidación administrativa sólo a las reglas del mismo se circunscribe el respectivo proceso y la capacidad jurídica de adelantarlo.

Cuando ya no se trata de mejorar condiciones de trabajo, porque el contrato se termina; y desaparecen los efectos de la convención que rige los contratos de trabajo en la Empresa Puertos de Colombia, puesto que estos están llamados a extinguirse; (Ley 50 de 1990, artículo 5o.) y se ha agotado en fin todo género de contratación colectivo porque no hay vacío que deba llenarse, resulta la imposibilidad lógica de celebrar convención colectiva, porque el poder natural de celebrarlas fue sustituido por la voluntad del legislador, tomando en cuenta integralmente lo que expresó la Ley 1a. de 1991.

Hace parte del régimen jurídico fundamental de la liquidación y forma un solo todo con el contrato de trabajo, para efectos de su terminación, el pago de las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores oficiales cuyos cargos se supriman de conformidad con las normas vigentes. Y las controversias que surjan deben decidirse por acto administrativo.

No puede prescindir el liquidador de hacer efectivo el pago de las indemnizaciones a los trabajadores cuyos cargos se supriman o no acepten la opción que se les ofrezca de ingresar a otros cargos y su actuación será ineficaz en cuanto extralimite la función atribuida.

No podrá apartarse, *motu proprio*, de las pautas creadas por la comisión de Promoción de Empleo, como tampoco de aplicar las normas especiales sobre régimen laboral que para efectos de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia dicte el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue revestido por el artículo 37 de la Ley 1a.

Detallada como tiene que estarlo en Ley o Decreto con fuerza de ley, la del liquidador es función pública administrativa cuyo ejercicio en forma no prevista implica responsabilidad por omisión o extralimitación.

En la medida en que el liquidador realiza su gestión de tal, debe regirse por el derecho público, con los condicionamientos y posibilidades de acción inherentes a la liquidación y sus prerrogativas.

Con fundamento en las consideraciones anteriores la Sala responde:

La liquidación de los trabajadores oficiales de Puertos de Colombia a que se refiere la consulta debe efectuarse exclusivamente de conformidad con lo prescrito por el artículo 36 de la Ley 1a. de 1991.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones de Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones de Ministro y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SECCION PRIMERA

DERECHO COMUNITARIO/ TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO/ INTERPRETACION PREJUDICIAL - Improcedencia

Si bien es cierto que las normas del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena determinan la obligación del juez que conozca de procesos no susceptibles de recurso en derecho interno, de solicitar la interpretación prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico de dicho acuerdo, no lo es menos que ellas mismas limitan la necesidad de acudir a dicha instancia jurisdiccional a los casos en que tales procesos deba aplicarse alguna norma comunitaria. Es decir, que en casos como en el presente, en los cuales ni el actor citó en sus demandas como infringidas por los actos acusados norma alguna del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, ni el juez consideró que en la solución del conflicto hubiere de aplicar dichas normas, no se requiere, como no se requirió la solicitud de dicha interpretación prejudicial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expedientes acumulados Nº.825 y 1320 Actor : Jack Ghitis Alfandary.

Procede el Despacho a resolver la solicitud formulada por el apoderado de la parte actora, en el sentido de "... decretar la nulidad de todo lo actuado,

incluyendo la sentencia de fecha 9 de abril de 1992, a partir del momento procesal en que nació la obligación legal de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, Ecuador..." de los artículos 66, 84 y 84 de las Decisiones Nos. 85, 311 y 313, respectivamente, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Los argumentos que el actor expone en apoyo de su solicitud son, en síntesis, los siguientes (fls. 290 a 302):

Se incurrió en causal de nulidad como quiera que previamente a dictar sentencia no se solicitó la interpretación prejudicial de las normas arriba indicadas, por parte del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, tal y como lo disponen el preámbulo y los artículos V, XXVIII Y XXXIX del Tratado que creó dicho Tribunal, aprobado en nuestro país mediante la Ley 17 de 1980.

La necesidad de haberse solicitado la aludida interpretación prejudicial se apoya en lo dispuesto por el artículo 29 de la Constitución Política, y en las siguientes razones:

Antes de la expedición del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) la jurisdicción y la competencia para conocer de oposiciones a marcas siempre se asignó a la justicia ordinaria y, en especial, a los jueces de Santafé de Bogotá.

La confusa redacción de los artículos 590 y 591 Decreto 410 de 1971 dio lugar a que doctrinantes y funcionarios públicos entendieran que la jurisdicción y competencia en materia de oposiciones a solicitudes de marcas había quedado radicada en cabeza de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, trayendo como consecuencia de ello que dicha jurisdicción y competencia quedara sustraída de los Jueces Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá.

No cabe duda alguna acerca de que quienes realizaron la mencionada interpretación la hicieron "...aduciendo que se había otorgado dicha jurisdicción y dicha competencia en forma tácita, olvidando con error grave que la Jurisdicción y la Competencia debe ser expresa" y que la propia norma contenida en el artículo 614 del Código de Comercio atribuye dichos factores en materia de oposiciones a marcas a los Jueces Civiles del Circuito de la mencionada ciudad.

"Como en el presente caso se trata de una discusión para saber quien tiene el mejor derecho al uso de una marca no cabe ninguna duda de acuerdo con la propia interpretación de la sentencia del 9 de abril de 1992, que se apoya en dos jurisprudencias anteriores de la misma Sala, que la jurisdicción

y Competencia para dilucidar el problema está en cabeza de los Jueces Civiles del Circuito de Santafé de Bogotá".

Si bien la norma comunitaria no puede señalar por vía general Jurisdicción y competencia, pero teniendo en cuenta que el artículo 66 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena señala que las oposiciones se deben tramitar de acuerdo con la legislación interna de cada país miembro, y que los Despachos Judiciales "... son también oficinas judiciales y al ser oficinas necesariamente debe entenderse que la 'oficina nacional competente' para conocer de los procesos de oposiciones son los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá si así lo dispone la legislación interna como en efecto y de manera expresa lo dispone", surge la necesidad de solicitarse la dicha interpretación prejudicial para que el Tribunal de Justicia indique "... qué se entiende por OFICINA NACIONAL COMPETENTE es decir, si por oficina nacional competente debe entenderse solamente la oficina administrativa encargada de otorgar títulos de marca o por oficina nacional competente se puede entender un Despacho Judicial (que también es oficina y también es competente) para el caso que la legislación interna disponga que las oposiciones deben ser resueltas por los jueces".

CONSIDERACIONES

Luego de la lectura de todas piezas que integran el expediente de la referencia y de un detenido y cuidadoso análisis de la sentencia que puso fin al proceso y de las razones aducidas como fundamento de la solicitud de declaratoria de nulidad, el despacho considera que, independientemente de cualquier pronunciamiento acerca de la oportunidad procesal para invocar la causal derivada del hecho de no haberse ordenado la suspensión del proceso a efecto de solicitar la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, después de dictada la sentencia, dicha solicitud no está llamada a prosperar, por los motivos que se expresan a continuación:

1o. Porque si bien es cierto que las normas del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena determinan la obligación del juez que conozca de procesos no susceptibles de recurso en derecho interno, de solicitar la interpretación prejudicial de las normas que integran el ordenamiento jurídico de dicho Acuerdo, no lo es menos que ellas mismas limitan la necesidad de acudir a dicha instancia jurisdiccional a los casos en que tales procesos deba aplicarse alguna norma cumunitaria. Es decir, que en casos como en el presente, en los cuales ni el actor citó en sus demandas como infringidas por los actos acusados norma alguna del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, ni el juez consideró que en la solución del conflicto hubiere de aplicar dichas normas, no se requiere, como no se requirió, la solicitud de dicha interpretación prejudicial.

Además si se lee cuidadosamente la totalidad del texto jurisprudencial citado en la sentencia, se infiere claramente que la competencia de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de oposiciones al registro de marcas, mana y se sustenta en normas positivas de nuestro derecho interno, y en otras, que aun cuando comunitarias, tan solo sirvieron para ilustrar el criterio del fallador.

2o. Porque, sin perjuicio de lo anterior, el Despacho considera que en el hipotético caso en que efectivamente se hubieren dado los elementos necesarios para la configuración de la causal de nulidad, que aunque el solicitante no precisa no podría ser otra que la consagrada en el numeral 5. del artículo 140 del C. de P. C., ella fue saneada por la parte que la aduce, como quiera, que actuó durante todo el litigio sin alegarla, sin hacer reparo a la actuación procesal, hasta tal punto que presentó sus correspondientes alegatos de conclusión. Es por ello que el inciso quinto del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil perentoriamente determina que "Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5 a 9 del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla".

En virtud de las consideraciones que anteceden, el Despacho

DISPONE:

DENIEGASE la solicitud de nulidad formulada por la parte actora.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

CONTRAVENCION CAMBIARIA -Procedimiento/**NULIDAD PROCESAL**-Improcedencia/ **DERECHO DE DEFENSA/ DEBIDO PROCESO.**

El hecho de que las autoridades administrativas, que por regla general no ejercen función jurisdiccional, se abstengan de citar a indagatoria, para, en su lugar, correr traslado del pliego de cargos mediante la entrega de copia del informativo al interesado, no puede viciar de nulidad la actuación correspondiente, puesto que, las contravenciones administrativas no son de la misma naturaleza de las contravenciones penales, por lo cual la terminología empleada en unas y otras necesariamente difiere. Lo que en el fondo verdaderamente interesa, en aras de salvaguardar el derecho de defensa y al debido proceso, es que trátEse bien de infracciones penales o de contravenciones administrativas, como en este caso, el sindicato, particular o interesado debe tener la oportunidad de conocer que en su contra se ha abierto una investigación, y de poder desvirtuar o controvertir los hechos que dieron origen a la misma, DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 00017 de 29 de enero de 1987 y 00371 de 23 de abril de 1987, expedidas por la Superintendencia de Cambios.

PRUEBAS- Conducencia/ **PRUEBAS**- Pertinencia/**CONTRAVENCION CAMBIARIA**

Debe tenerse claridad sobre los conceptos de conducencia de la prueba. La conducencia es la aptitud legal del medio probatorio para probar el hecho que se investiga, y que requiere de dos requisitos esenciales, que son: que el medio probatorio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y que

ese medio probatorio solicitado no esté prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar. En tanto que la pertinencia se refiera a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar. Pretender desvirtuar el hecho de la venta de unos dólares a través de testimonios, en que, por lo demás, se indica la finalidad de los mismos, resulta conducente, independientemente de que en el momento de su valoración produzcan o no convicción en el investigador. La Administración que tiene el sagrado deber de velar porque se investigue la verdad real y no meramente formal de los hechos, no puede prejuzgar dando por probados y establecidos los supuestos fácticos, sin haber brindado la oportunidad al administrado de defenderse. La violación del derecho de defensa no está, ni puede estarlo, supeditada a que las pruebas han debido evacuarse en la instancia jurisdiccional, como que pudiera pensarse que deben cumplir con la finalidad propuesta: convencer al juzgador, sino que se configura dicha transgresión, con el solo hecho de impedir la práctica de pruebas solicitadas oportunamente, no obstante reunir los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad en la investigación administrativa en referencia DECLARA LA NULIDAD de las resoluciones 00017 de 29 de enero de 1987 y 00371 de 23 de abril de 1987, expedidas por la Superintendencia de Cambios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1239 Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de abril de 1989, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Actor : Luis Octavio Gallo Zuluaga

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 13 de Abril de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1- LUIS OCTAVIO GALLO ZULUAGA, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones: a): La nulidad de las Resoluciones números 00017 de 29 de Enero de 1987 y 00371 de 23 de

Abril de 1987, expedidas por la Superintendencia de Control de Cambios, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $18.536.461,72 a favor del Tesoro Nacional, por violación de los artículos 4o y 10o del Decreto Ley 444 de 1967; b):Como consecuencia de lo anterior, se condene al Tesoro Nacional (Administración de Impuestos Nacionales-Ministerio de Hacienda) a devolverle la suma de $18.536.461.72 correspondiente a la multa impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios y que fue consignada a favor de la Tesorería General de la República como consta en el Recibo Oficial número 125836. c) Que igualmente se condene al Tesoro Nacional a devolver la cantidad antes indicada, junto con los intereses comerciales corrientes causados desde el día de la consignación de la multa hasta el día en que efectivamente el Tesoro Nacional devuelva el dinero, todo de acuerdo con el artículo 140 del C. C. A.

I.2- Como normas violadas se señalaron los artículos: 26 de la Constitución de 1886; 46 y 378 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal); 14 de la Ley 153 de 1887; 9o. de la Ley 2a de 1984; 38 del Decreto 01 de 1984; 167, 216 y 222 del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 409 de 1971):

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con la expedición de la sentencia de 13 de abril de 1989, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

II. - LA SENTENCIA RECURRIDA

II. 1.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para adoptar la decisión, razonó, en esencia, así:

a.) Los principios y normas del Derecho Penal y del Procedimiento Penal no se aplican al régimen y trámite administrativo con el cual el Superintendente de Control de Cambios sanciona las infracciones al régimen cambiario con apoyo en el Decreto 444 de 1967.

b.) De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las contravenciones administrativas no son de la misma naturaleza que las contravenciones penales a las que se refiere tanto el Código Penal como el Código de Procedimiento Penal y la Ley 2a. de 1984.

c.) La Ley 33 de 1975, en sus artículos 1o y 2o, se constituye en norma especial dirigida a prescribir el término durante el cual la Superintendencia de Control de Cambios puede imponer sanciones por contravenciones al régimen de cambios y de comercio exterior, así como al término de prescripción de la pena impuesta, y, al efecto, esos artículos consagran que la acción contravencional prescribe en cuatro años contados a partir de la fecha en que se cometió la infracción, término que se interrumpe con la expedición

del auto que ordena abrir la respectiva investigación, para lo cual comienza de nuevo a contarse un término de cuatro años, y, una vez vencido éste, sí prescribe o caduca la acción contravencional.

d.) La venta de dólares que constituye la infracción, fue cometida por el actor el 3 de febrero de 1982. El 26 de febrero de 1985 se ordenó abrir la investigación correspondiente por lo cual se interrumpió el término de prescripción y comenzó de nuevo un período de cuatro años. Las Resoluciones se expidieron en 1987 (Enero 29 y Abril 23), es decir, antes de que se venciera el término de prescripción de la acción.

e.) En el caso que se juzga no se da el quebrantamiento de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución de 1.886, pues el trámite o procedimiento para la imposición de la multa se ajustó a las reglas señaladas en el Decreto 444 de 1967 y la Ley 33 de 1975, ya que la sanción fue impuesta por funcionario competente (Superintendente de Control de Cambios); la conducta está descrita como sancionable según los artículos 1o. 4o. y 10o. del Estatuto Cambiario; no se violó el derecho de defensa toda vez que se dio al inculpado la oportunidad de presentar descargos, solicitar pruebas e interponer recursos, y, por lo demás, en cuanto a la práctica de pruebas denegadas por la Superintendencia de Control de Cambios, el actor tuvo la oportunidad de insistir en su práctica demostrando su conducencia y necesidad para el esclarecimiento de los hechos, y, de pedir ante la justicia contenciosa su evacuación, lo que dejó de hacer en su demanda, pues sólo consigna en ésta el hecho de que no se practicaron.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del actor al sustentar el recurso, así como en su intervención en la audiencia pública celebrada el 23 de Enero de 1992, solicitó la revocatoria de la sentencia apelada para que, en su lugar, se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. Adujo para el efecto lo siguiente:

1o. El Decreto 444 de 1967 impone severas multas y penas de privación de la libertad, configurándose así como norma esencialmente punitiva y en consecuencia debe someterse a los principios constitucionales y legales que señalan la política sancionatoria del Estado.

2o. La Superintendencia de Control de Cambios, amparada en su tesis de que cuando se aplican penas y se somete a las personas a procedimientos investigativos y punitivos no ejerce función jurisdiccional sino administrativa, viola frecuentemente el derecho de defensa y desconoce el respeto por las garantías del debido proceso.

3o. El Tribunal no analizó el planteamiento hecho en la demanda, de que se violó el artículo 26 de la Constitución de 1886, al practicarse todas las pruebas sin la presencia del actor, así:

a.) Se abrió investigación en su contra mediante auto de 26 de septiembre de 1985, sin que le fuera notificado su contenido. Esto permitió que se allegaran pruebas al expediente en más de 200 folios sin que el sindicado tuviera la posibilidad de contradecirlas, como ocurrió en el caso de la recepción de los testimonios de los señores Fabio Villarruel y Eduardo Michelsen Cuéllar. Por ello se violó el derecho de contradicción, el derecho a la igualdad de oportunidades y a la libertad de la prueba.

b.) Cuando la Superintendencia de Control de Cambios cerró la investigación y corrió traslado, el apoderado del actor solicitó llamar al sindicado a indagatoria, lo cual fue negado alegándose inconducencia por tratarse de un proceso administrativo y porque para la defensa bastaban los alegatos del apoderado. La falta de indagatoria, conduce a la nulidad de todo lo actuado en el proceso.

c.) La Superintendencia de Control de Cambios le negó al demandante toda oportunidad de ejercer el derecho de defensa frente a los representantes legales de la Sociedad Amizi S.A., compradora de los dólares, por lo cual el sindicado perdió quizás su única posibilidad de verdadera defensa y con ello se violaron claramente sus garantías constitucionales del debido proceso. La ausencia del Amizi S. A., le eliminó al proceso certeza probatoria indispensable para dictar sentencia, y, por esto , el Consejo de Estado deberá dar aplicación al principio del *indubio pro reo* determinando la nulidad del proceso por esta gravísima falla procesal.

d.) La declaración del único testigo (Alcides Caicedo), que podía deponer sobre el hecho que le consta, le pareció superflua a la Superintendencia.

e.) Se negó la prueba de inspección judicial sobre el Banco de Colombia para buscar los soportes contables del memorando que habla de la cuenta en dólares, por suponer la Superintendencia de Control de Cambios que no existían dichos soportes; así como también negó la inspección judicial para buscar la explicación bancaria del negocio en la apertura de cartas de crédito sobre Panamá o la transferencia de fondos de banco a banco.

f.) Ante lo Contencioso nunca se pretendió demostrar si el actor vendió o no unos dólares, pues la oportunidad para desvirtuar la acusación es cuando se está ante la Administración y no después.

4o. La sentencia impugnada dejó de aplicar el artículo 46 del Código Penal, violando de paso el artículo 378 del Decreto 100 de 1980, al imponer una multa por encima de límite consagrado en el artículo 46 del Código Penal.

5o. En lo que a la prescripción y caducidad se refiere, el Tribunal violó el artículo 26 de la Constitución de 1886; no aplicó el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, ni los artículos 9o y 50 de la Ley 2a de 1984, y, se negó a atender la aplicación del artículo 38 del C. C. A., pues no queda duda de que en materia de prescripción de contravenciones, el artículo 9o de la Ley 2a de 1984, por ser posterior y además favorable, derogó la prescripción del artículo 1o de la Ley 33 de 1975.

Lo mismo sucedió con el artículo 38 del C. C. A., que consagra que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Si las multas son penas y sus infracciones contravenciones, la Ley 2a de 1984 rige su prescripción; y si son actos administrativos, el Código Contencioso Administrativo determina su caducidad.

La ley 33 de 1975 habla de prescripción de la acción contravencional y el concepto se refiere a la caducidad y a su interrupción, son pues dos nociones diferentes que el Consejo de Estado en su Sala Contenciosa se ha ocupado de deslindar.

IV.- CONCEPTO FISCAL

El Señor Fiscal Primero de la Corporación se muestra en desacuerdo con los argumentos de la parte recurrente y coincide con las consideraciones del Tribunal en cuanto a que en este caso se trata de actuaciones administrativas en donde no puede calificarse como contravención penal de una infracción a las normas propias del derecho financiero o del derecho fiscal, y, que no siempre que se habla de una sanción, puede afirmarse que se ha de ubicar en el campo del derecho penal, pues pueden existir sanciones y de hecho existen en el ámbito administrativo y civil, que corresponde imponer a diferentes autoridades estatales, lo cual amerita que no deban prosperar las pretensiones de la demanda.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La afirmación hecha por el recurrente de que cuando la Administración tiene y ejerce el poder sancionatorio, equivale al poder punitivo del Estado en materia penal, y, en consecuencia, debe observar las normas y principios aplicables en dicha materia criminal, merece a la Sala las siguientes observaciones:

En todo proceso penal cuando se abre investigación con el auto cabeza de proceso, se debe citar al sindicado a indagatoria.

El auto cabeza de proceso, no es más que la providencia resultante de la indagación preliminar y a través de ella el Estado cita al sindicado de una infracción penal, para que se defienda y solicite las pruebas que pretenda hacer valer, tendientes a desvirtuar los hechos que se le imputan. Equivale entonces al mismo pliego de cargos que la Administración, en las diligencias administrativas que adelanta, le corre traslado al interesado con el mismo fin.

De manera pues, que el hecho de que las autoridades administrativas, que por regla general no ejercen función jurisdiccional, se abstengan de citar a indagatoria, para, en su lugar, correr traslado del pliego de cargo mediante la entrega de copia del informativo al interesado, no puede viciar de nulidad la actuación correspondiente, puesto que, como lo ha sostenido esta Corporación, las contravenciones administrativas no son de la misma naturaleza de las contravenciones penales, por lo cual la terminología empleada en unas y otras, necesariamente difiere.

Lo que en el fondo verdaderamente interesa, en aras de salvaguardar el derecho de defensa y al debido proceso, es que trátese bien de infracciones penales o de contravenciones administrativas, como en este caso, el sindicado, particular o interesado debe tener la oportunidad de conocer que en su contra se ha abierto una investigación, y de poder desvirtuar o controvertir los hechos que dieron origen a la misma.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, la Superintendencia de Control de Cambios, con base en el memorando de 19 de mayo de 1982, tuvo conocimiento de que el señor LUIS OCTAVIO GALLO ZULUAGA, al parecer vendió U$ 618.707.00 al cambio de $ 56.54. lo cual conforme a lo previsto en los artículos 4o y 10o del Decreto Ley 444 de 1967 constituye una infracción al régimen cambiario, por lo cual se le inició la correspondiente investigación que condujo a la práctica de pruebas en la que no necesariamente, al igual que en materia criminal, debía comparecer el interesado.

Son pruebas que se recaudan con el fin de establecer si existe mérito o no para abrir la correspondiente investigación penal o administrativa.

Una vez hallado el mérito que se considera suficiente para formular el pliego de cargos, debe citarse el interesado, en virtud del principio universal del derecho de defensa que impera en todos los procesos sin importar la índole o naturaleza de los mismos.

En el evento sub lite, la Administración hizo formulación del pliego de cargos al actor el 18 de febrero de 1986, conforme lo ordena el artículo 222 del Decreto Ley 444 de 1967, para que dentro de los cinco días siguientes a la notificación presentara sus descargos y solicitara las pruebas que considerará necesarias.

Fue así como el actor, a través de apoderado, oportunamente descorrió el traslado del pliego de cargos y, entre otras peticiones, solicitó la práctica de pruebas, todas las cuales la Superintendencia de Control de Cambios rechazó: por inconducentes, algunas de ellas, e impertinentes, otras, fundamentándose en la facultad que le otorgó el artículo 222 del Decreto Ley 444 de 1967.

De la lectura del citado artículo, si bien expresamente no se le da tal atribución a la Superintendencia de Control de Cambios, tácitamente se desprende dicha facultad, cuando reza el inciso 2o de la citada norma:

> "Si las pruebas solicitadas fueran conducentes, se practicarán dentro del término que señale el Prefecto, el cual no podrá ser superior a treinta días, más el término de la distancia."

Significa, entonces, que si no fueren conducentes, pues sencillamente no se practicarán.

Sobre este aspecto necesariamente debe tenerse claridad sobre los conceptos de conducencia y pertinencia de la prueba.

Los tratados de Derecho Probatorio coinciden en afirmar que la conducencia es la aptitud legal del medio probatorio para probar el hecho que se investiga, y que requiere de dos requisitos esenciales, que son: que el medio probatorio respectivo esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y que ese medio probatorio solicitado no esté prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar. En tanto que la pertinencia se refiere a que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar.

En este orden de ideas es menester entonces proceder a estudiar si las pruebas solicitadas por el demandante cumplían o no con el requisito de pertinencia o conducencia.

Así, se tiene que:

El memorando que dio origen a las diligencias administrativas que culminaron con los actos acusados, a través de los cuales se impuso al demandante una multa por infracción al régimen cambiario, fue suscrito por el señor ALVARO FRANCISCO RODRIGUEZ ACOSTA, empleado del Banco de Colombia, quien rindió declaración obrante a los folios 242 a 243 del cuaderno número 2, afirmando, en lo pertinente, lo siguiente:

> "... Si reconozco la firma como mía y reconozco que ese documento pasó por mis manos y que es producto de una información solicitada por la Vicepresidencia de Inversiones en el Exterior..."

"...Recibida la autorización de la Vicepresidencia Ejecutiva de girar un cheque de la cuenta de Amizi a nombre de diferentes personas, y una vez el documento con las dos firmas autorizadas se entregaba al Vicepresidente Ejecutivo. La cuantía también era autorizada por la Vicepresidencia Ejecutiva. Posteriormente se recibía de la Vicepresidencia Ejecutiva la información de que con ese cheque se le habían enviado dólares a Amizi a través del Banco de Colombia S. A. Panamá y al tipo de cambio que ordenaba don ALCIDES..."

"...No conozco el origen de la operación o no recuerdo su origen, ya que dentro de mis funciones no estaban la de autorizar operación alguna..."

Frente a este testimonio el demandante, por medio de apoderado, al contestar el pliego de cargos, afirmó: (folio 332 cuaderno número 2).

"... De manera que el testigo que dice en un memorando que hubo una operación cambiaria y que lo insinúa, sin afirmarlo categóricamente, en los comienzos de su declaración jurada, termina por sostener "el uso de estos fondos no era conocido por mí". El Señor Rodríguez Acosta ha hablado de lo que no sabe y expresamente reconoce que no sabe de lo que estaba hablando. Y ese es el testigo de cargo?. Esa es la única prueba en la que descansa toda la arquitectura de un expediente de trescientos y tantos folios del que se deriva temerario cargo para una persona sin que tenga prueba de que hubo alguna vez una operación cambiaria?..."

Posteriormente a folio 342 ibídem, solicita como prueba:

"...Pido que se cite al Señor Alvaro Francisco Rodríguez Acosta, para que responda el contrainterrogatorio al que voy a someterlo, y para que atienda un careo personal con Octavio Gallo Zuluaga donde diga por qué razón le consta que éste le vendió a Amizi o a quien quiera que fuese unos dólares el 3 de febrero de 1982..."

En relación con esta prueba, la Superintendencia de Control de Cambios en la Resolución 00017 de 29 de Enero de 1987 acusada, expuso (folio 358 ibídem):

"...En cuanto al "contrainterrogatorio" a que el apoderado desea someter al señor ALVARO FRANCISCO RODRIGUEZ ACOSTA, además de no indicar la finalidad que se propone, no encuentra el Despacho cuál pueda ser su conducencia, toda vez que la prueba aludida no tiene la aptitud suficiente para demostrar los hechos que son materia de este debate. En efecto, la declaración rendida por RODRIGUEZ ACOSTA, ofrece claridad sobre los

hechos que en ella se consignan, no pudiendo pretextarse obscuridad en la misma, que pudiera originar la admisión de una prueba como la pedida..."

Solicitó además el actor (folio 342 *ibídem*):

> ... pido que se cite al ex -Vicepresidente Ejecutivo del Banco de Colombia, Alcides Caicedo Roa, para que rinda testimonio sobre los hechos del proceso, puesto que todos afirman que era el único que daba instrucciones sobre la cuenta de Amizi y el único que puede saber si por los pesos que salía de esa cuenta recibía dólares y si en particular los recibió y de qué manera del Señor Octavio Gallo Zuluaga..."

Al respecto manifestó la Superintendencia de Control de Cambios en la ya citada Resolución (folio 359 *ibídem*):

> "... La declaración testimonial del Señor ALCIDES CAICEDO ROA solicitada por el señor apoderado resulta innecesaria dentro del proceso, toda vez que su versión no guarda relación con el hecho que es objeto de la prueba, la posesión y negociación de divisas por parte de OCTAVIO GALLO ZULUAGA..."

Solicitó el apoderado del actor (folio 342 *ibídem*):

> "... Que se practique una inspección en el Banco de Colombia para que se localicen e incorporen en el expediente los documentos que justifican o respaldan el memorando producido por ALVARO FRANCISCO RODRIGUEZ ACOSTA en mayo de 1982..."

Al respecto decidió la Superintendencia de Control de Cambios (folio 359):

> "...En cuanto a la prueba solicitada por el señor apoderado y relativa a la inspección judicial al Banco de Colombia en busca de los documentos que soportan el memorando de Mayo 19 de 1982, resulta ciertamente inútil, no sólo por cuanto se reitera aquí, que no se discute cuál era el manejo que se le daba a una cuenta corriente sino además porque es lógico pensar que de una operación violatoria de la ley cambiaría no se van a dejar todo tipo de vestigios, y menos documentales, teniendo en cuenta que el memorando referido fue hallado en el llamado "archivo secreto" del Banco de Colombia y remitido a este Despacho por la Superintendencia Bancaria previa su clasificación. De otra parte, el documento que permite soportar la operación a que hace mención el memorando citado, no puede ser otro que el cheque obrante a folio 88, cuya coincidencia exacta con la operación mencionada es el citado memorando, cuestión que fue expuesta con claridad en la formulación de los cargos..."

Solicitó el actor (folios 342 y 343):

"... Que se determine en esa misma inspección en el Banco de Colombia, cuáles eran las cartas de crédito abiertas desde Panamá por importadores y por qué razón esas cartas de crédito podían ser cubiertas, no con licencia de cambio desde el Banco de la República, sino con dólares negros. Si no está clara la fuente de la contravención es porque ella no pudo consumarse..."

Sobre el particular, adujo la Superintendencia de Control de Cambios (folio 359):

"... El que en la inspección judicial al Banco de Colombia se determine: "Cuáles eran las cartas de crédito abiertas desde Panamá por importadores y por qué razón esas cartas de crédito podían ser abiertas, no con licencia de cambio desde el Banco de la República, sino con "dólares negros" (folio 343), supone un hecho fáctico que no ha sido afirmado en parte alguna del expediente, y por consiguiente, debe rechazarse por impertinente, toda vez que no guarda relación alguna con el hecho a probar, de acuerdo a las consideraciones precedentes..."

De lo consignado anteriormente, observa la Sala, que las pruebas a las que se ha hecho referencia son conducentes y pertinentes. En efecto:

La solicitud del testimonio de ALVARO FRANCISCO RODRIGUEZ ACOSTA es un medio probatorio apto para tratar de desvirtuar el memorando expedido por éste y demostrar que el señor LUIS OCTAVIO GALLO ZULUAGA no vendió los dólares que dieron origen a la infracción objeto de la investigación administrativa. Igual acontece con la declaración de ALCIDES CAICEDO ROA, quien efectivamente fue mencionado en los testimonios recaudados en la vía gubernativa como el encargado de dar las órdenes, manejar esta clase de operaciones y establecer el tipo de cambio del dólar (folios 242, 264 y 265 cuaderno número 2).

Una prueba inconducente sería por ejemplo pretender demostrar la propiedad o derecho de dominio sobre un bien inmueble con uno, cinco o cien testigos por cuanto el medio probatorio apto lo constutuye, por ministerio de la ley , la escritura pública debidamente registrada. Pero pretender desvirtuar el hecho de la venta de unos dólares a través de testimonios, en que, por lo demás, se indica la finalidad de los mismos, resulta conducente, independientemente de que en el momento de su valoración produzcan o no convicción en el investigador.

De otra parte, mal pudo calificar la Superintendencia de Control de Cambios la declaración de ALCIDES CAICEDO ROA, como impertinente, por no guardar relación con el hecho objeto de la prueba, cuando, como ya se

dijo, según los testimonios que obran en el expediente, era la persona que conocía y dirigía esta clase de operaciones cambiarias. Es tal vez esta la prueba que más guarda relación con el hecho objeto de la sanción impuesta.

Respecto de la inspección en el Banco de Colombia, tampoco asistió razón a la Administración en denegar su práctica, y menos aún con el argumento de que resulta inútil porque en una operación violatoria de la ley no se van a dejar vestigios documentales.

La Administración que tiene el sagrado deber de velar porque se investigue la verdad real y no meramente formal de los hechos, no puede prejuzgar, dando por probados y establecidos los supuestos fácticos, sin haber brindado la oportunidad al administrado de defenderse.

No le asistió razón, por consiguiente, al fallador de primera instancia en el análisis frente a este cargo, por cuanto la violación del derecho de defensa no está, ni puede estarlo, supeditada a que las pruebas han debido evacuarse en la instancia jurisdiccional, como que pudiera pensarse que deben cumplir con la finalidad propuesta: convencer al juzgador, sino que se configura dicha transgresión, como ocurrió en el caso *subjudice*, con el solo hecho de impedir la práctica de pruebas solicitadas oportunamente, no obstante reunir los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad en la investigación administrativa en referencia.

La prosperidad de la censura anterior, da mérito para que se revoque la sentencia apelada, y, en su lugar, se acceda a las súplicas del libelo demandatorio.

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:

REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 13 de Abril de 1989, y, en su lugar de dispone:

1o): DECLARASE la nulidad de las Resoluciones números 00017 de 29 de enero de 1.987 y 00371 de 23 de abril de 1.987, expedidas por la Superintendencia de Control de Cambios, hoy Superintendencia de Cambios.

2o): Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la Tesorería General de la República devolverá el actor la suma de $ 18.536.461.72, valor de la multa depositada con fundamento en las Resoluciones anuladas, junto con los intereses legales del

6% anual, liquidados desde el 7 de mayo de 1987, fecha en que se efectuó su depósito, hasta la ejecutoria de esta providencia.

3o): La cantidad reconocida anteriormente, devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término.

4o): En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE/ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AERONAUTICO

Mientras las normas citadas en sustento de la suspensión provisional, determinan en forma clara y precisa los mecanismos y porcentajes que deben ser aplicados para la determinación del canon mensual de arrendamiento de inmuebles urbanos, por parte de las entidades de derecho público, el art. 1o. del acto acusado dispone "adoptar como unidad de medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos legales diarios", unidad de medida que se utiliza en el artículo 2o. para adoptar las tarifas mínimas de arrendamiento aeronáuticos, y en los artículos 3o. y 4o. para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado de inmuebles, a que se refieren otros actos administrativos emanados de la misma entidad pública que expidió el acto cuya nulidad se solicita. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución 17108 de 20 de diciembre de 1991, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en su calidad de tal y de representante del Fondo Aeronáutico Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2065. Actor : Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

La Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A., en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución número 17108 de 20 de diciembre de 1991, por "la cual se fijan tarifas de arrendamientos aeronáuticos para el Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santafé de Bogotá y se derogan las Resoluciones # 9507 de Agosto 1 de 1991 y # 14117 de Octubre 30 de 1991, y modifican las Resoluciones # 11249 de Septiembre 6 y # 14118 de 1991", suscrita por "El Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y como representante del Fondo Aeronáutico Nacional...", en asocio del Secretario General de dicho organismo.

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales y que para su conocimiento es competente esta Corporación, será admitida en la parte resolutiva de esta providencia.

DE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo escrito de demanda la Sociedad accionante solicita se decrete la suspensión provisional del acto acusado, fundamentándose para ello en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 18 a 20):

El acto demandado al regular la materia del precio de arrendamientos, incurre en franca violación del artículo 1o. del Decreto 1376 de 1986, en cuanto éste dispone que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas que celebren las entidades públicas se sujetarán a lo prescrito en tal Decreto, en cuanto a la determinación del precio de arrendamiento.

Se incurre en violación ostensible del artículo 12, en concordancia con los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. del citado Decreto 1376 de 1986, porque mientras el primero de ellos dispone que los criterios determinantes del precio del arrendamiento de inmuebles cuando la entidad pública obre como arrendataria serán los mismos establecidos en dicho Decreto en el evento que obre como arrendadora, es decir, acudiendo al avalúo catastral o, en su defecto, al avalúo especial que sobre ellos fije el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el acto acusado prescinde de esos criterios y establece unos distintos.

La Sala observa que aun cuando en el capítulo especial de la demanda en que se solicita la suspensión provisional el accionante invoca como transgredidos en forma flagrante los artículos 156 y 162 del Decreto 222 de 1983, en el mismo no se hace referencia alguna al concepto de su violación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se encuentra precisado por reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la labor que cabe desplegar al juez administrativo con la finalidad de resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto cuya nulidad se solicita, está limitada a realizar una sencilla confrontación de éste con las normas superiores de derecho que se aducen como transgredidas ostensiblemente, y que para la procedencia de dicha suspensión, tal violación debe aparecer a los ojos del juzgador en forma clara y manifiesta, es decir, sin que sea necesario acudir a prolijas reflexiones o deducciones jurídicas.

Aplicados los criterios anteriores, al asunto que ocupa la atención de la Sala, y luego de realizar el aludido ejercicio comparativo entre las disposiciones que integran el acto acusado y las normas que el solicitante estima violadas, se considera que la solicitud de la medida de suspensión provisional tiene plena vocación de prosperar, sino en forma total sí parcialmente por las sencillas y breves razones:

1a. El Decreto 1376 de 1986, mediante el cual se regula el régimen de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas que celebren las entidades públicas, determina en su artículo 12:

> "Artículo 12. Cuando las entidades públicas den en arrendamiento bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas, estarán sujetas a las mismas reglas para determinar el precio mensual del arrendamiento y se aplicarán las mismas excepciones previstas en el artículo 6o. del presente decreto.
>
> "En la determinación del precio mensual del arrendamiento se entenderá que las tarifas indicadas en los artículos 2o. a 5o. de este decreto, serán las mínimas que se podrán pactar en los contratos de arrendamiento".

Lo anterior indica, a juicio de la Sala, y como bien lo expresa el solicitante de la medida, que el citado artículo remite a las normas contenidas en los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. del mismo Decreto, las cuales señalan que para determinar el precio mensual de arrendamiento de bienes inmuebles urbanos, las entidades públicas deberán hacerlo en términos de porcentajes respecto del avalúo catastral (arts. 2o. y 5o.), o en términos de porcentajes sobre el avalúo especial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (arts. 3o. y 5o.), dependiendo para ello, alternativamente, del monto del avalúo catastral o de que el precio del arrendamiento resultante de este último sea manifiestamente inferior al vigente en el respectivo municipio, atendiendo a la ubicación y a las características físicas del inmueble.

Es decir, que mientras las indicadas normas, citadas en sustento de la medida solicitada, determinan en forma clara y precisa los mecanismos y porcentajes que deben ser aplicados para la determinación del canon mensual

La Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A., en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución número 17108 de 20 de diciembre de 1991, por "la cual se fijan tarifas de arrendamientos aeronáuticos para el Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santafé de Bogotá y se derogan las Resoluciones # 9507 de Agosto 1 de 1991 y # 14117 de Octubre 30 de 1991, y modifican las Resoluciones # 11249 de Septiembre 6 y # 14118 de 1991", suscrita por "El Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y como representante del Fondo Aeronáutico Nacional...", en asocio del Secretario General de dicho organismo.

En atención a que la demanda reúne los requisitos legales y que para su conocimiento es competente esta Corporación, será admitida en la parte resolutiva de esta providencia.

DE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo escrito de demanda la Sociedad accionante solicita se decrete la suspensión provisional del acto acusado, fundamentándose para ello en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 18 a 20):

El acto demandado al regular la materia del precio de arrendamientos, incurre en franca violación del artículo 1o. del Decreto 1376 de 1986, en cuanto éste dispone que los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas que celebren las entidades públicas se sujetarán a lo prescrito en tal Decreto, en cuanto a la determinación del precio de arrendamiento.

Se incurre en violación ostensible del artículo 12, en concordancia con los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. del citado Decreto 1376 de 1986, porque mientras el primero de ellos dispone que los criterios determinantes del precio del arrendamiento de inmuebles cuando la entidad pública obre como arrendataria serán los mismos establecidos en dicho Decreto en el evento que obre como arrendadora, es decir, acudiendo al avalúo catastral o, en su defecto, al avalúo especial que sobre ellos fije el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el acto acusado prescinde de esos criterios y establece unos distintos.

La Sala observa que aun cuando en el capítulo especial de la demanda en que se solicita la suspensión provisional el accionante invoca como transgredidos en forma flagrante los artículos 156 y 162 del Decreto 222 de 1983, en el mismo no se hace referencia alguna al concepto de su violación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se encuentra precisado por reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la labor que cabe desplegar al juez administrativo con la finalidad de resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto cuya nulidad se solicita, está limitada a realizar una sencilla confrontación de éste con las normas superiores de derecho que se aducen como transgredidas ostensiblemente, y que para la procedencia de dicha suspensión, tal violación debe aparecer a los ojos del juzgador en forma clara y manifiesta, es decir, sin que sea necesario acudir a prolijas reflexiones o deducciones jurídicas.

Aplicados los criterios anteriores, al asunto que ocupa la atención de la Sala, y luego de realizar el aludido ejercicio comparativo entre las disposiciones que integran el acto acusado y las normas que el solicitante estima violadas, se considera que la solicitud de la medida de suspensión provisional tiene plena vocación de prosperar, sino en forma total sí parcialmente por las sencillas y breves razones:

1a. El Decreto 1376 de 1986, mediante el cual se regula el régimen de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas que celebren las entidades públicas, determina en su artículo 12:

> "Artículo 12. Cuando las entidades públicas den en arrendamiento bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas, estarán sujetas a las mismas reglas para determinar el precio mensual del arrendamiento y se aplicarán las mismas excepciones previstas en el artículo 6o. del presente decreto.
>
> "En la determinación del precio mensual del arrendamiento se entenderá que las tarifas indicadas en los artículos 2o. a 5o. de este decreto, serán las mínimas que se podrán pactar en los contratos de arrendamiento".

Lo anterior indica, a juicio de la Sala, y como bien lo expresa el solicitante de la medida, que el citado artículo remite a las normas contenidas en los artículos 2o., 3o., 4o. y 5o. del mismo Decreto, las cuales señalan que para determinar el precio mensual de arrendamiento de bienes inmuebles urbanos, las entidades públicas deberán hacerlo en términos de porcentajes respecto del avalúo catastral (arts. 2o. y 5o.), o en términos de porcentajes sobre el avalúo especial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (arts. 3o. y 5o.), dependiendo para ello, alternativamente, del monto del avalúo catastral o de que el precio del arrendamiento resultante de este último sea manifiestamente inferior al vigente en el respectivo municipio, atendiendo a la ubicación y a las características físicas del inmueble.

Es decir, que mientras las indicadas normas, citadas en sustento de la medida solicitada, determinan en forma clara y precisa los mecanismos y porcentajes que deben ser aplicados para la determinación del canon mensual

de arrendamiento de inmuebles urbanos, por parte de las entidades de derecho público, el artículo 1o. del acto acusado dispone "Adoptar como unidad de medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos legales...", unidad de medida que se utiliza en el artículo 2o. para adoptar las tarifas mínimas de arrendamientos aeronáuticos, y en los artículos 3o. y 4o. para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado de inmuebles, a que se refieren otros actos administrativos emanados de la misma entidad pública que expidió el acto cuya nulidad se solicita:

2a. Si bien frente a los mencionados artículos 1o. a 4o. del acto cuya nulidad se solicita procederá decretar la medida solicitada, la Sala considera que ella no puede prosperar respecto de sus artículos 5o. y 6o., toda vez que, a primera vista, ellos no transgreden ostensiblemente las normas invocadas por el demandante, pues el primero de ellos se limita a determinar que la entrega de los bienes inmuebles se hará previo contrato de arrendamiento, y el segundo indica la fecha de vigencia de la Resolución No. 17108 de 1991, acto acusado.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera

RESUELVE:

1o. ADMITASE la demanda presentada por la Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A.

En consecuencia, se dispone:

a)Tener como parte demandante a la Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

c) Notificar personalmente esta decisión al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notificar personalmente esta providencia a la señora Fiscal Primera de la Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fijar en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

f) Solicitar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, dentro del término de diez (10) días, contados a partir de aquél en que se reciba el correspondiente oficio.

g) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) M/cte., en efectivo, dentro de los diez (10) días siguiente al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

h) Reconocer personería al doctor Francisco José Soto Berardinelli como apoderado de la sociedad demandante, en los términos y para los efectos del poder otorgado.

2o. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en su calidad de tal y de representante del Fondo Aeronáutico Nacional.

3o. DENIEGASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 5o. y 6o. de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991, expedida por la misma autoridad.

4o. Comuníquese esta decisión al señor Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, previniéndolo respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción en forma alguna, de contenido idéntico, similar o equivalente al de los actos suspendidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

LOS CONSEJEROS,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Por auto de julio 15 de 1992, la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ dejó sin efecto legal alguno la anterior determinación y en su lugar dispuso denegar la suspensión provisional.

SUSTRACCION DE MATERIA- Improcedencia

Frente a la impugnación de actos administrativos de carácter general, por la vía de acción de nulidad, y no obstante haberse operado su derogatoria, es necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado en la demanda.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL / TRANSPARENCIA

Las participaciones y aportes de la ley conforme el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 no pueden sustraerse del concepto de renta bruta porque no son costos imputables a los ingresos; no tiene relación con la administración ni con el recaudo de los dineros, ya que respecto de dichos aportes y participaciones del ente departamental, mientras los posee solo sirve de puente, pues su destino, por determinación de la ley son otras entidades diferentes. Esta circunstancia, no implica duda de que estos dineros efectivamente ingresaron a la Tesorería Regional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 1763 ASUNTOS DEPARTAMENTALES

Actor : Carlos Julio Manzano O.

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en el proceso de la referencia contra la sentencia del 25 de abril de 1991, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, dentro del juicio de nulidad de un acto administrativo expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental.

LA ACCION

Es la pública en la que se pide la nulidad del acto administrativo del 29 de enero de 1986 en virtud del cual la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico determinó la renta bruta embargable del Departamento.

LOS HECHOS

Son descritos en la sentencia así:

1.- En cumplimiento del artículo 5o. del Decreto 3040 de 1982 la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico mediante certificación de 29 de enero de 1986 fijó como renta bruta embargable para el año de 1986 la suma de $ 333.016.460.86.

2.- En la certificación antes mencionada se señalaron como ingresos del Departamento del Atlántico durante el año de 1985 la suma de $ 2.226.863.043.oo, siendo que su verdadero valor fue de $ 2.642.044.144.oo, según lo certificó la Contraloría General del Departamento.

3.- La diferencia de ingresos entre la Secretaría de Hacienda y la Contraloría General del Departamento obedeció a que la primera omitió incluir los ingresos compensados por valor de $230.129.493.oo y certificó como ingresos tributarios una partida inferior a la real por valor de $185.051.608.oo.

4.- La Secretaría de Hacienda Departamental en la determinación del porcentaje de la renta bruta embargable se apartó del artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982, pues incluyó como costos imputables a los ingresos la suma de $576.423.280.oo por concepto de "Participaciones y Aportes de Ley", así como también la totalidad de los costos por concepto de servicios personales y de gastos generales siendo que sólo son deducibles los costos imputables a dichos ingresos como gastos de administración, recaudo, etc.

5.- El certificado de la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico no fue refrendado por la Contraloría Departamental.

VIOLACION DE NORMAS SUPERIORES

Se señala como quebrantado el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982, pues la certificación acusada incurrió en error de hecho y de derecho al determinar la renta bruta y el porcentaje embargable de la misma.

"El error de hecho se hace consistir en que los ingresos determinados en la suma de $2.226.863.043.oo son falsos, pues los reales ascendieron a la suma de $ 2.642.044.144.oo, según lo que certificó la Contraloría Departamental del Atlántico. El error de derecho se fundamenta en que por una falsa interpretación del artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 se incluyeron como costos deducibles de los ingresos los aportes y participaciones, siendo que no tienen relación de causalidad con los mismos y que según el artículo 14 del Decreto 420 de 1985, que liquidó el Presupuesto de Rentas y Gastos de 1986, son gastos que hace el Departamento del Atlántico que no generan contraprestación alguna en bienes y servicios".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal de primera instancia, al fallar el negocio, hace referencia a una diligencia de inspección judicial, con intervención de peritos contadores en las dependencias de la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico y hace las siguientes consideraciones:

"Al confrontar el dictamen con el cuestionario que se formuló a los señores peritos fácilmente se advierte que éstos no establecieron en forma clara cuáles costos tenían relación de causalidad y eran deducibles de los ingresos.

"La razón precedente justifica que el Tribunal desestime el dictamen en lo tocante a la determinación de la renta bruta en la suma de $1.126.710.211.67. De ahí que no proceda tampoco a estudiar la objeción por error grave. Sea del caso observar que la señora apoderada del Departamento del Atlántico cuando la formuló (véanse folios 132 y 133) no expresó en que consistió el error grave, lo cual, a su turno, bastará para desechar la objeción.

"Sin embargo, la Sala considera que el cargo de violación debe prosperar por lo siguiente:

"Según el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 la renta bruta de las entidades territoriales departamentos y municipios - está constituida por los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente hayan ingresado a sus tesorerías durante la respectiva vigencia fiscal, menos

los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc.

"Se deriva de lo anterior que para que el costo sea deducible o descontable de los ingresos, debe estar relacionado con éstos, debe haberse incurrido en el gasto con miras a percibir los ingresos, ser relativo a su administración, recaudo, etc.

"El cargo de la demanda de que los ingresos del Departamento del Atlántico fueron durante 1985 de $2.642.044.144.oo, conforme lo certifica la contraloría Departamental (folio 83) y no de $2.226.863.043.oo, que trae el certificado, resulta, a juicio de la Sala, infundado. Más bien acoge el determinado por los señores peritos en la suma de $2.226.863.044.77 (folio 120), pues éste sólo registra una diferencia con el del acto acusado en la suma irrisoria de $1.77, explicable en razón de que las sumas de los ingresos fueron hechas por los señores peritos en forma exacta.

"En lo tocante al cargo de la demanda de que las participaciones y aportes por la suma de $576.423.280.oo no constituyen costos deducibes de los ingresos, por no tener relación con la administración, recaudo o causación de éstos, el Tribunal considera que le asiste razón al demandante ya que si se analiza detenidamente la relación de las mismas a dicha conclusión se llega sin mucho esfuerzo".

La sentencia hace seguidamente una relación de las participaciones o aportes, totalizando parcialmente las unas y los otros, lo que resulta un total general, participaciones y aportes, de $576.423.280.oo. Dice el Tribunal que esa relación de gastos demuestra que es ajena a la causación de los ingresos y que por tal razón no puede considerarse como costo deducible. Que, además, esta última consideración, está reforzada por lo consagrado en el artículo 14 del Decreto 420 de 1985 de la Gobernación del Atlántico, que liquidó el Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1986, el cual estatuye que los aportes y participaciones tienen la calidad de transferencias, que son definidas en el mismo precepto como gastos que hace el Gobierno Departamental sin recibir contraprestación alguna en bienes y servicios. O sea, que no tienen relación alguna con los ingresos. En estas condiciones, concluye, la determinación de la renta bruta debió hacerse excluyendo únicamente los servicios personales y los gastos generales.

La motivación del *a-quo*, termina afirmando:

"Las consideraciones precedentes son suficientes para que se acceda a decretar la nulidad de la certificación de la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico acusada.

"No se accederá a las demás súplicas de la demanda habida cuenta que la sentencia en la acción de nulidad debe limitarse a anular el acto demandado, más (sic) no a modificarlo o reformarlo, según se colige de una recta interpretación de los artículos 84 del C.C.A. y 38 del Decreto Ley 2304 de 1989 (subrogatoria del artículo 70 del C.C.A.)".

LA APELACION

La apoderada del Gobernador del Departamento del Atlántico al sustentar la apelación interpuesta contra la providencia que decretó la nulidad de la certificación en cuestión, sostuvo:

"Como quiera que no hay discusión sobre el valor de los ingresos percibidos por el Departamento del Atlántico durante el año de 1985, ya que el Tribunal Administrativo acertadamente, acogió el valor establecido en forma técnica por los señores peritos, el cual registra únicamente una diferencia de un peso con 77 centavos respecto del certificado expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental, sólo considero necesario entrar a controvertir el planteamiento expresado por la misma Corporación, en el sentido de considerar que las participaciones y aportes que fueron deducidos como gastos imputables a los ingresos dentro de la citada certificación, no lo son, por cuanto según su entender son ajenos a la causación de los mismos, y por tanto no deben ser descontados de los mismos".

La divergencia, sin embargo, la expresa así el recurrente:

"Si nos atuviésemos únicamente al tenor literal de la afirmación, podríamos decir que le asiste razón al H. Tribunal del Atlántico, por cuanto las participaciones y aportes de la ley no tienen relación alguna con el recaudo de la renta del Departamento.

"No obstante, no es esta la razón que permite restarlos, por así decirlo, del total de ingresos corrientes. La confusión es de forma y no de fondo; porque efectivamente que no han debido descontarse como gastos imputables a los ingresos, que como lo dije antes, no lo son, sino como un capítulo aparte, semejante al de ingresos compensados, es decir aquellos en los que el Departamento sólo hace el papel de Recaudador, pero que por Ley deben ser enviados en forma inmediata a las entidades a las cuales están destinados específicamente.

"Tales aportes y transferencias, como lo manifestara oportunamente la anterior apoderada del Departamento, en la objeción al dictamen pericial (folios 138-139) tiene un respaldo legal, y por tanto son sumas que repito, no hacen parte de la Renta Bruta, por cuanto no reportan

ningún beneficio para el ente Departamental, que tan sólo sirve de puente en su recaudo.

"En este orden de ideas y no queriendo entrar en disquisiciones filosóficas que no se necesitan, solicito a los señores Magistrados reponer la providencia objeto del presente recurso,...".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección, al comparar el acto demandado con el Decreto 3040 del 22 de octubre de 1982, "por el cual se dictan disposiciones tendientes al exacto recaudo y administración de las rentas y caudales públicos", manifiesta:

"Habida consideración de que la suma correspondiente a PARTICIPACIONES Y APORTES DE LEY, descontada por la Secretaría de Hacienda del Departamento del Atlántico de los ingresos del Departamento para obtener la Renta Bruta y así mismo la correspondiente renta embargable, no hace parte de los costos imputables a los ingresos del Departamento, hizo bien el Tribunal al considerar que dicho rublo no ha debido ser descontado para determinar la renta bruta y, consecuentemente, la renta embargable.

"No debe entonces revocarse el fallo apelado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Sea lo primero advertir que la parte demandada tanto en la contestación de la demanda como en la sustentación del recurso de apelación argumenta que "el acto administrativo demandado perdió vigencia, se consumó por así decirlo, a 31 de diciembre de 1986 y por tanto hoy es inexistente, resultando inocua la acción de nulidad impetrada en su contra".

Sin embargo, la acción propuesta amerita su estudio de fondo, teniendo en cuenta la sentencia de 14 de enero de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, dentro del expediente S-157, en la cual se estimó que frente a la impugnación de actos administrativos de carácter general, por la vía de acción de nulidad, y no obstante haberse operado su derogatoria, es necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado en la demanda"... pues solamente así se logra el propósito último del otro llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violada, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y

proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

Precisado lo anterior, procede la Sala a ocuparse del recurso interpuesto.

El artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 es del siguiente tenor:

"La renta bruta de las entidades territoriales está constituida por la suma de los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente hayan ingresado a las Tesorerías Regionales durante la respectiva vigencia fiscal, menos los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc."

La renta bruta de las entidades territoriales está constituida entonces por todos los ingresos obtenidos a cualquier título que hayan ingresado a las Tesorerías, deducidos los costos imputables a dichos ingresos.

Las participaciones y aportes de ley, conforme a la norma citada no pueden sustraerse del concepto de renta bruta porque no son costos imputables a los ingresos; no tiene relación con la administración ni con el recaudo de los dineros, ya que respecto de dichos aportes y participaciones del ente departamental, mientras los posee, solo sirve de puente, pues su destino, por determinación de la ley son otras entidades diferentes. Esta circunstancia, no implica duda de que estos dineros efectivamente ingresaron a la Tesorería Regional y, aunque esa efectividad intenta ser cuestionada por la recurrente en un párrafo de su escrito en el que manifiesta haber aclarado la situación, no aporta sin embargo el más mínimo sustento de derecho que pueda acreditar su aserto.

De otra parte, las apreciaciones del Tribunal de primera instancia encuentran respaldo en el artículo 14 del Decreto Departamental 420 de 1985 "Por medio del cual se liquida el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1986", donde, a las participaciones y aportes se les llama transferencias y se las define como los gastos que hace el Gobierno Departamental a diferentes Entidades y/o personas, sin recibir contraprestación alguna en bienes o servicios.

Hechas las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, habiendo escuchado el concepto del Ministerio Público y estando de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 9 de julio de 1992.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Dionisio Gómez Rodado, Conjuez.

SENTENCIA DE CONDENA - Ejecución **JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA/NULIDAD PROCESAL**

No tener jurisdicción equivale a no tener poder, a no tener facultades, a no tener derecho para juzgar. Y al no poseerse lo que es el género, la jurisdicción, no es conducente entrar a hacer disquisiciones sobre la competencia, que es la especie. Esta superioridad está de acuerdo con la apreciación del Tribunal cuando, al referirse a lo argüido por el apoderado sobre la calidad de título ejecutivo no puede tener las sentencias del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado y a su pretensión de que no se aplique el artículo 177 del C.C.A., por sustracción de materia, manifiesta que con tal teoría no se puede permitir que se pase por encima del citado artículo 177 ya que es precisamente la justicia ordinaria, y quien dentro de ella sea competente, la que debe determinar si realmente dichas sentencias son o no lo son , título ejecutivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente :. *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 1806 AUTORIDADES NACIONALES
Actor : Juan Salvador Zuleta y Otros.

Los demandantes de la referencia, a través de su apoderado judicial, interpusieron el recurso de apelación contra la providencia del Tribunal de lo

Contencioso Administrativo de Cundinamarca en la que se declaró la nulidad de lo actuado, por falta de jurisdicción, a partir del auto admisorio de la demanda. Entra entonces la Sala a desatar el recurso.

LA FUNDAMENTACION FACTICA DE LA ACCION.

Se resume así en el auto recurrido:

"El Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, mediante sentencia del 28 de agosto de 1986 declaró responsable a la Nación de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte del doctor JUAN ALBERTO ZULETA CAMARGO, y la condenó a pagar por perjuicios morales 1.000 gramos de oro para los padres y 500 gramos de oro para los hermanos, además de los perjuicios materiales señalados en $14.414.000.oo, el daño emergente en $ 840.000.oo; y, el lucro cesante en $4.680.000.oo; disponiendo el pago de tales sumas conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A. " sobre ellos correrán intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia e intereses moratorios después de este término.

"Consultada la sentencia ante el Honorable Consejo de Estado, éste, la confirmó en cuanto al pago de los perjuicios morales y negó la indemnización por perjuicios materiales, ordenando además que:

"La condena por concepto de perjuicios materiales deberá pagarse dentro del término de los artículos 176 y 177, con intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego del vencimiento del aludido semestre. Se entiende así precisada la parte final del fallo recurrido".

Presentada ante la Oficina Jurídica del Ministerio de Hacienda la solicitud para obtener el pago de lo estipulado en la sentencia del H. Consejo de Estado con copia auténtica de la certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo de oro puro al 25 de noviembre de 1987, por un valor total de $16.346.000.oo, el Ministerio ya tenía expedida la Resolución No. 02330 del 31 de mayo de 1988 que solo reconocía a los demandantes la cantidad de $9.807.480.oo.

"Al efectuar la liquidación del valor de los perjuicios morales tomaron como base el valor del gramo de oro a la fecha de la sentencia del H. Tribunal Administrativo de la Guajira y no a la fecha de la sentencia del H. Consejo de Estado.

"Interpuesto el recurso de reposición, expidieron la Resolución No. 02888 confirmando en todas sus partes la No. 02320 del 31 de mayo de 1988, para luego aclararla mediante la Resolución No. 04596 del 30 de

septiembre en el sentido de que se confirmaba la Resolución No. 02330 y no la No. 02320".

La parte actora señala como violadas las siguientes normas:

Constitución Nacional de 1886: Artículos 2, 16, 20, 30, 55-1-2, 76, 119 numeral 2o., 141-3, 136, 137 y concordantes.

Código Contencioso Administrativo: artículos 85, 84, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 184 y concordantes.

Código Civil: artículos 1494, 1524, 1613, 1614, 1615, 1616, 1617, 1649 y 2313.

Código de Procedimiento Civil: artículos 308, 309, 262-3, 386, 491-2 y demás concordantes.

Ley 153 de 1887, artículo 8o.

LAS PRETENSIONES de la demanda son las siguientes:

"Primera.- Que son nulas las Resoluciones No. 02330 del 31 de mayo de 1988; la No. 02888 de 29 de junio de 1988, y la No. 04596 de 30 de septiembre de 1988, todas tres proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud de las cuales se dispone pagar solo parcialmente la suma que, a título de indemnización ordenó el Honorable Consejo de Estado pagarles a mis mandantes, en sentencia condenatoria de 25 de noviembre de 1987.

"Segunda.- Que como consecuencia de la declaración anterior, y a manera de restablecimiento del derecho vulnerado, se condene a la NACION (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), al pago de la suma de $6.538.520 (SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS MONEDA LEGAL) más el LUCRO CESANTE y DAÑO EMERGENTE e intereses moratorios correspondientes a esa suma, con el reajuste proveniente de la corrección monetaria, y según los INDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR y su VARIACION PORCENTUAL, todo esto para la actualización de la condena. LA NACION, pagará también sobre la suma mencionada, el interés técnico del SEIS (6%) anual desde el momento en que se causó el daño hasta la fecha de la sentencia.

"Tercero.- Los perjuicios morales serán los equivalentes en pesos de la fecha de la sentencia a 1.000 gramos oro para cada uno de los beneficiarios señores y señoras JUAN SALVADOR ZULETA CALDERON, AMANDA MARINA CAMARGO DE ZULETA,

OSCAR ENRIQUE ZULETA CAMARGO, JANETH MARIA ZULETA CAMARGO, LIENER AZALIA ZULETA CAMARGO Y ROSMERY ZULETA CAMARGO.

"Los PERJUICIOS PATRIMONIALES, sobre las bases indicadas en la declaración segunda, serán reguladas mediante prueba PERICIAL, de acuerdo con el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo y el 308 de Código de Procedimiento Civil.

"Y los morales de acuerdo con la CERTIFICACION que a la fecha de la sentencia expida el Banco de la República sobre el valor del gramo oro, en ese momento.

"Petición subsidiaria.

"SUBSIDIARIAMENTE, que se declare la nulidad de los tres actos mencionados en el punto primero de las PRETENSIONES, y en consecuencia, a manera de restablecimiento del derecho, que se condene al estado a pagar intereses de mora, además de lucro cesante y daño emergente, con la correspondiente actualización monetaria, sobre la suma de $9.807.480.oo (NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS). Tales intereses se pagarán desde el momento en que se profirió el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en agosto 28 de 1986, hasta la fecha en que se dicte el de condena, con el objeto de evitar un ENRIQUECIMIENTO ILICITO o INJUSTO por parte de la NACION.

"Estos perjuicios serán tasados mediante prueba pericial, de acuerdo con los artículos 168 de Código Contencioso Administrativo y el 308 del Código de Procesamiento Civil.

"Además, pagará la Nación los perjuicios MORALES del orden de 1.000 gramos oro para cada uno de los demandantes".

EL AUTO OBJETO DEL RECURSO

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca en fallo proferido el 30 de mayo de 1991, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, incluyendo el auto admisorio de la demanda fechado el 5 de diciembre de 1988, por "FALTA DE JURISDICCION".

Entre otras, el *a-quo* hace las siguientes consideraciones:

"El punto principal de las peticiones de la demanda es la NULIDAD de las Resoluciones números 02330 del 31 de mayo de 1988 "Por la cual se da cumplimiento a una sentencia"; 02888 del 29 de junio de 1988

"Por lo cual se resuelve un recurso de reposición"; y, 04596 del 30 de septiembre de 1988 "Por lo cual se aclara una Resolución", expedidas por el Vice-ministro de Hacienda y Crédito Público.

"En efecto, conforme a las pruebas aportadas, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RIOHACHA en sentencia del 28 de agosto de 1986 falló en los siguientes términos:

"1o.- Declárase la responsabilidad civil de la Nación Colombiana Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por los hechos acaecidos la noche del 20 de diciembre de 1981 en el perímetro urbano de la ciudad fronteriza de Maicao (G) donde resultó con heridas de arma de fuego de dotación oficial el señor Juan Alberto Zuleta Camargo a consecuencia de las cuales falleció en forma casi instantánea cuyo victimario Agente del DAS fue juzgado y condenado por los hechos antes narrados.

"En consecuencia condénase a la Nación Colombiana Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en concreto: ...".

"También se hizo condena por perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, finalizando así:

"Las anteriores sumas se pagarán conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A. sobre ellos correrán intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia e intereses moratorios después de ese término.".

"Consultada la anterior sentencia ante el Honorable Consejo de Estado, la Sección Tercera en providencia del 25 de noviembre de 1987 CONFIRMO la sentencia en cuanto a la declaratoria de responsabilidad civil por parte de la Nación (Departamento Administrativo de Seguridad DAS) y a la condena de perjuicios morales; REVOCANDO la condena al pago de la indemnización por perjuicios materiales y añadiendo:

"La condena por concepto de perjuicios morales deberá pagarse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 con intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego del vencimiento del aludido semestre. Se entiende así precisada la parte final del fallo recurrido"

"En ambas providencias quedó estipulado que los perjuicios debían pagarse conforme a los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

Del análisis de estos artículos, concluye el Tribunal que "Siendo la condena ejecutable ante la justicia ordinaria es lógico deducir que no solo lo es en su totalidad sino en la parte que los beneficiarios consideren insoluta".

Considera por otra parte la providencia apelada el argumento del apoderado en el sentido de que las sentencias, tanto del Tribunal Administrativo de la Guajira como del Consejo de Estado, no constituyen título ejecutivo que "reúna las condiciones establecidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, pues la obligación, a juicio de la administración, no es expresa, clara y exigible, sobre todo lo primero, ya que según los funcionarios apenas aparece implícita, y no en el fallo del Consejo de Estado sino en el del Tribunal de la Guajira; y no es clara, ya que, precisamente, ha sido objeto de discusión _(sic) y de recursos; y no es actualmente exigible, ya que la administración la niega.". Pretende, en consecuencia, que por sustracción de materia no se puede dar aplicación al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. A este respecto, el Tribunal de la primera instancia considera:

> "Pero tal teoría no puede permitir que se pase por encima el artículo 177 del C.C.A., pues este decide que la condena es ejecutable ante la justicia ordinaria, y a ella le corresponde determinar si existe título ejecutivo o no, con base en las disposiciones legales sobre efectividad de las sentencias, su fecha de ejecutoria y el principio de la cosa juzgada.
>
> "Se presenta entonces la falta de jurisdicción en lo contencioso administrativo, causal de nulidad procesal consagrada en el numeral 1o. del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y por consiguiente así se declarará para todo lo actuado incluyendo el auto admisorio fechado a 5 de diciembre de 1988".

LA APELACION

El apoderado judicial de la parte demandante, a folios 341 y siguientes del cuaderno principal y folios 7 y 8 del segundo cuaderno, al sustentar el recurso, sostiene que "para llegar al punto de la jurisdicción y competencia del Tribunal Contencioso Administrativo y su capacidad, por consiguiente, para desatar y resolver la litis, es necesario, en primer lugar, hacer claridad sobre cuál es el fondo de la contención, precisando los ELEMENTOS DE HECHO, LAS PRETENSIONES, los ELEMENTOS DE DERECHO , las RAZONES, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION, los MEDIOS DE CONVICCION, la ACCION, la COMPETENCIA Y CUANTIA, y las invocaciones y citas pertinentes de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de los más prestigiosos autores de Derecho Sustantivo y Procesal Administrativo".

Dice el señor apoderado que tales extremos están consignados de manera exhaustiva en el libelo de la demanda que incorpora a su recurso.

Después de hacer las transcripciones aludidas, el recurrente hace énfasis en los siguientes puntos:

Reitera el concepto de que hay actos administrativos "que se quedan sin *sanción*, y que para ellos existe la impunidad, a pesar de que, en el fondo constituyen actos de arrogante DESACATO a las decisiones del máximo Tribunal Contencioso - Administrativo. De cuándo acá la administración tiene manos libres para proferir ciertos actos que escapan al control jurisdiccional?. A la luz de la Constitución abrogada, de la vigente y de las leyes patrias, NO HAY ACTOS ADMINISTRATIVOS PRIVILEGIADOS QUE ESCAPEN A NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO AL CONTROL DE LA LEGALIDAD, lo que llevaría a la arbitrariedad e impunidad de la administración y a la desaparición del Estado de Derecho y de la misma jurisdicción contencioso - administrativa, por superflua".

Aduce que tampoco se puede hablar de cosa juzgada. "En primer lugar porque se trata de actos administrativos que son susceptibles de recursos por la *vía gubernativa* (se interpusieron), y sería insólito que no los tuvieran por la vía contenciosa. En segundo lugar y esto es lo más importante, se trata de un proceso que no tiene el mismo OBJETO ni la misma causa, ni la IDENTIDAD JURIDICA de las partes y, sobre todo, que los actos impugnados son autónomos y en un todo separados del fallo proferido por el Consejo de Estado. Y, entonces, no entra en juego, por impertinente, el argumento de la cosa juzgada, el cual, de interpretarla en esa forma, beneficiaría a la Administración y perjudicaría al administrado y, lo que es más relevante con quebrantamiento del orden jurídico por parte de los encargados de ejecutar las providencias proferidas por el Consejo de Estado.

"Invocó, además, *la acción de cumplimiento*, prescrita por el artículo 87 de la Constitución Nacional, para que en la sentencia se ordene " a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

La señora delegada del Ministerio Público ante esta jurisdicción, conceptúa apoyando el fallo de la primera instancia. Estas son sus palabras:

> "Esta Fiscalía no puede menos que estar en un todo de acuerdo con los razonamientos que hace el Tribunal en el fallo apelado. En efecto, se trata de la ejecución de una sentencia para lo cual están bien determinados los procedimientos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y como lo expresa el Tribunal, "siendo la condena ejecutable ante la justicia ordinaria, es lógico deducir que no sólo lo es en su totalidad sino en la parte que los beneficiarios consideren insoluta".

"Frente a la evidencia de los hechos, no parece necesario extenderse en consideraciones que habrían de llevar a la misma conclusión. El fallo apelado amerita su confirmación".

LA SALA CONSIDERA

Considera la Sala que es pertinente referirse de una vez a la invocación, que en las postrimerías de su escrito de fundamentación del recurso, hace el señor apoderado de la parte actora de la "*acción de cumplimiento*", prescrita por el artículo 87 de la Constitución Nacional, para que en la sentencia se ordene " a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

La solicitud es a todas luces impertinente. En primer lugar porque no hace parte de lo decidido en el fallo apelado. En segundo lugar, porque no es una acción que se pueda incoar a cuestas de un recurso interpuesto sobre una acción diferente y, muy particularmente, porque la Constitución consagra dicha acción solamente "para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo", circunstancias que no hacen parte de la naturaleza del caso bajo examen.

Es enfático el apelante en afirmar que "no se puede hablar de cosa juzgada", lo que constituye otro elemento de iguales características distractivas al anterior. Extralimita otra vez el actor los términos de la providencia recurrida ya que en parte alguna de ella se ha afirmado que la declaración de nulidad se debe a que hay cosa juzgada; ni le atribuye tal naturaleza a los actos acusados. Se aparta también del tema objeto del recurso al afirmar: "En segundo lugar, y esto es lo más importante, se trata de un proceso que no tiene el mismo OBJETO ni la misma CAUSA, ni la IDENTIDAD JURIDICA de las partes y, sobre todo, que los actos impugnados son autónomos y en un todo separados del fallo proferido por el Consejo de Estado".

Lo que el a-quo ha dicho y definido, es que los actos acusados son de ejecución ya que en ellos se está dando cumplimiento a una sentencia. Y que siendo la condena, como en efecto lo demuestra con la transcripción de las normas legales pertinentes, ejecutable ante la justicia ordinaria, es lógico deducir que no sólo lo es en su totalidad sino en la parte que los beneficiarios consideren insoluta.

De lo anterior se colige que tampoco resulta válida la crítica que el libelista hace al advertir que el Tribunal no invoca ninguna norma sobre competencia. Mal podría hacerlo, estima esta Sala, puesto que habiendo concluido que no tenía jurisdicción, hablar de competencia resultaría cosa inane. No tener jurisdicción equivale a no tener poder, a no tener facultades, a no tener derecho para juzgar. Y al no poseerse lo que es el género, la

jurisdicción, no es conducente entrar a hacer disquisiciones sobre la competencia, que es la especie.

Asiste la razón a la señora Representante del Ministerio Público cuando manifiesta que, ante la evidencia de los hechos, es inútil hacer consideraciones que por fuerza llevan a la misma conclusión. No obstante se debe decir que esta Superioridad está de acuerdo con la apreciación del Tribunal cuando, al referirse a lo arguido por el apoderado sobre la calidad de título ejecutivo que puedan tener las sentencias del Tribunal Administrativo de la Guajira y del Consejo de Estado y a su pretensión de que no se aplique el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, por sustracción de materia, manifiesta que con tal teoría no se puede permitir que se pase por encima del citado artículo 177 ya que es precisamente la justicia ordinaria, y quien dentro de ella sea competente, la que debe determinar si realmente dichas sentencias son, o no o son, título ejecutivo.

El propio recurrente cita, como "guía insustituible", el criterio, que él mismo transcribe, de un tratadista y magistrado cuyas palabras, contrario sensu de lo pretendido por el actor, dan la razón al aserto del fallo apelado.

Dice así el tratadista:

"Como es lógico suponer el código administrativo parte del supuesto normal de que la administración debe acatar la decisión jurisdiccional que le impone determinada obligación; y de allí que no hable siquiera del proceso compulsivo para el cumplimiento de tales fallos y se limite a establecer un deber de obediencia dejado, en apariencia, a la buena voluntad de la administración. Por eso, ante los continuos desacatos de ésta, el Consejo en más de una ocasión se ha visto precisado a recordarlo que por demás está en los textos legales".

"Pero desafortunadamente la administración, pese a los textos legales y a las continuas admoniciones de los tribunales de justicia, no da buen ejemplo a este respecto y en muchas oportunidades trata por todos los medios de eludir lo resuelto por el órgano jurisdiccional. Esta actitud omisiva, violatoria del principio de separación de poderes, impele a la ejecución por la vía compulsiva de las sentencias dictadas por los jueces administrativos, pero no ante su misma jurisdicción, sino ante la ordinaria y con base en los procesos de ejecución reglados por el Código de Procedimiento Civil".

(Folio 344 del expediente, Derecho Procesal Administrativo, Carlos Betancur Jaramillo, p. 458). (Subraya la Sala).

Encuentra por lo tanto esta Sala que es correcta la conclusión a la que ha llegado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca,

en el sentido de que dicho asunto no corresponde a este jurisdicción y a la consecuente aplicación del artículo 140, numeral 1o. del C. de P. C., para declarar la nulidad de todo lo actuado.

Expuesto lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con el concepto favorable de la Agencia de Ministerio Público,

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 9 de julio de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COMPETENCIA POR CUANTIA/ COMPETENCIA FUNCIONAL / DEMANDA - Requisitos

No es que no exista cuantía por el hecho de no haberse valorado los perjuicios por los actores, sino que ella está subentendida por virtud del potencial daño que se alega, aunque sin cuantificar, presupuesto éste que, como lo previene el artículo 137 del C.C.A., en concordancia con los numerales novenos de los artículos 131 y 132 ib., es de cumplimiento imprescindible por constituir factor objetivo determinante de la competencia funcional del Tribunal en única o en primera instancia. La demanda carecía de un presupuesto indispensable para su admisión. El Tribunal no podía conocer del negocio hasta tanto no supiese a ciencia cierta si lo haría en única o en primera instancia, porque aunque el trámite es el mismo en ambos casos, tal determinación tenía y tiene esencial incidencia para efecto de los recursos que se pudieran interponer frente a las decisiones o providencias que se dictasen por el *a-quo*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº.1842 . ACTOS NACIONALES

Actor : Daniel Rueda Gómez y Logia Renovación No 12.

El señor Daniel Rueda Gómez y la Logia Renovación No. 12, a través del mismo apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 de C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de los siguientes actos, proferidos por el Gobernador del Departamento de Santander (por delegación del Gobierno Nacional - Decreto 2703 de 1959):

1o. De la Resolución 356 de 3 de diciembre de 1987, por la cual "se revoca el auto del 24 de julio de 1987", y

2o. De la providencia fechada el 25 de enero de 1988, sin número, por la cual desató el recurso de reposición interpuesto contra aquella, confirmándola en todas sus partes.

A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de las nulidades que se lleguen a declarar respecto de las pretensiones anteriores, solicitan:

a) Reconocer su vigor jurídico al acto administrativo del 24 de julio de 1987, proferido por la Gobernación de Santander, por el cual se ordenó la inscripción de la nómina directiva de la persona jurídica LOGIA RENOVACION No. 12, domiciliada en Bucaramanga.

b) Reconocer como representante legal del mencionado ente al señor Daniel Rueda Gómez.

c) Disponer el cumplimiento de la sentencia conforme al C.C.A.

Habiéndosele dado curso a la demanda, conforme al procedimiento ordinario, el Tribunal culminó su trámite mediante fallo de 21 de agosto de 1991, por el cual decidió que "NO HAY LUGAR A PRONUNCIAMIENTO DE MERITO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA", con fundamento, en síntesis, en que se incumplió el requisito del numeral 6o. del artículo 137 del C.C.A., determinación que no compartida por los demandantes, fue recurrida por éstos, razón por la cual se halla el negocio en esta Corporación.

Si bien es cierto que los demandantes en las pretensiones que inicialmente deducen en su libelo no hacen alusión alguna en cuanto a perjuicios se refiere, sí lo es que en el capítulo en que solicitan la suspensión provisional - instituto que es inseparable del proceso - de los actos censurados, fundamentan la procedencia de ésta, entre otras razones, en que " el perjuicio que sufre la parte actora se contrae en la consideración de la usurpación de los efectos legales de la Resolución Ejecutiva 119 de 1940 por un tercero..., y , además, los detrimentos de orden patrimonial que se pueden dar con el ejercicio por parte de quien carece de los poderes representativos de los haberes activos y pasivos del ente afectado" (folio 58).

Al sustentar la apelación contra el auto que denegó la suspensión provisional, los demandantes consignaron : " El artículo 152 de C.C.A. demanda que cuando se ejercita pretensión distinta de la nulidad, como es la del caso presente, deberá aparecer comprobado, aunque sea sumariamente el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor. Es decir no solo el perjuicio causado es base para la petición de suspensión, sino el EVENTUAL. En el caso de este proceso se ha pedido la suspensión bajo la base de que por habérsele cambiado su representante legal la persona jurídica puede sufrir perjuicios, los que se agravarían con los posteriores ejercicios de acciones que desembocarían contra los actos de sus usurpadores". (fl. 92). En escrito anterior (fl. 68), argumentando sobre el mismo asunto dice : " El perjuicio que se demanda en el artículo 152 del C.C.A., no es únicamente el CAUSADO, " SINO EL QUE SE PODRIA SUFRIR ", es decir los causables, que es precisamente lo ocurrido en este evento ".

De lo transcrito que fue lo que esta Sección, en Sala Unitaria tuvo en cuenta para confirmar la denegación de la suspensión provisional decretada por el *a-quo* (fl. 106)] aparece claro que los demandantes afirman la eventual existencia de perjuicios que dicen sufrirían como consecuencia de los actos demandados, pero que en ningún momento traducen en cifras, aunque el daño supone, obviamente, una cuantía que estaban obligados a estimar en forma razonada a voces con el numeral 6o. del artículo 137 del C.C.A.

Entonces en el caso *sub-examine*, no es que no exista cuantía por el hecho de no haberse valorado los perjuicios por los actores, sino que ella está subentendida por virtud del potencial daño que se alega, aunque sin cuantificar, presupuesto éste que, como lo previene la antecitada disposición, en concordancia con los numerales novenos de los artículos 131 y 132 ib., es de cumplimiento imprescindible por constituir factor objetivo determinante de la competencia funcional del Tribunal en única o en primera instancia.

Es que las acciones denominadas por la ley procesal administrativa colombiana de "nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85 C.C.A.), cuando se enderezan contra actos administrativos del orden nacional, creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas, pueden ser de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, o de los Tribunales Administrativos seccionales.

Cuando el proceso carece de cuantía conoce una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación (numeral 3o. del art. 128 del C.C.A.); pero cuando el mismo tiene cuantía, el juicio será de conocimiento del Tribunal Administrativo que ejerce competencia en el "lugar donde se produjo el acto", en única instancia, si la cuantía no excede la cantidad de $800.000.oo, conforme al artículo 131-9 *ibídem*, hoy $1.120.000.oo de acuerdo con el reajuste previsto por el artículo 4o. del Decreto 597 de 1988, que modificó el artículo 265 del mencionado estatuto contencioso, o en

primera instancia si excede la suma indicada, según el mandato del artículo 132-9 ib.

La cuantía, pues, en el presente caso, existe aunque los actores para evitar el debido proceso y el Juez que la ley ha establecido, decidan fijarla exclusivamente en su petición de suspensión, renunciando a precisarla para los efectos del trámite propio y de la competencia. Lo que han debido los demandantes es estimarla razonadamente como presupuesto para posibilitar el establecimiento de la competencia desde su origen.

Atendiendo, entonces, lo preceptuado en las disposiciones citadas (artículos 137-6, 131-9 y 132-9 del C.C.A.), la estimación razonada de la cuantía es imprescindible, hay que repetirlo, para establecer la competencia, en única o en primera instancia del Tribunal independientemente de que se solicite o no indemnización de perjuicios.

Sobre este particular es oportuno traer a colación apartes de la providencia de 30 de abril de 1991, de esta Sección Primera, recaída en el proceso 1556, promovido por COOPERATIVA INTEGRAL DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA., con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez :

"1. Reiteradamente ha dicho la Sala que para ella es incontrovertible que si el acto administrativo acusado ha originado o causado unos perjuicios, una disminución o mengua del patrimonio material o moral de determinada persona o personas, susceptibles de ser determinados o cuantificados, a los cuales de alguna manera se refiere el accionante, como acontece en el caso que ocupa la atención de la corporación, para establecer la procedencia de la denominada acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, y para dentro del libelo solicitar el decreto de suspensión provisional de los actos acusados para lo cual es condición sine qua non demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor, así no se solicite expresamente la condena de pago de ellos, el proceso que se inicia en virtud del ejercicio de la acción, tiene una cuantía que determinará, por ese elemento integrante del factor objetivo, la competencia del juez, en única o en primera instancia, cuestión que, por ser de orden público, no puede eludir, así, se repite, no se impetre la condena económica correspondiente ..."

"2o. Por otra parte, la Sala no cree que haya derogado, por vía jurisprudencial, la norma de competencia contenida en el numeral 4o. del artículo 128 del C.C.A., y que, en consecuencia, todas las acciones de nulidad con restablecimiento del derecho enderezadas contra actos administrativos del orden nacional que hayan causado un perjuicio sean de conocimiento de los tribunales administrativos. Lo serán aquellos que se promuevan en relación con actos administrativos del orden

nacional que, como ya se dijo, hayan irrogado un perjuicio en el patrimonio material o moral de determinada persona, independientemente de que se solicite la indemnización de perjuicios o no. Continuarán o seguirán siendo de la competencia de esta Corporación, las que van encaminadas a obtener la nulidad de los mismos actos y el restablecimiento del derecho sin contenido económico, que no sería el caso presentado, a título de ejemplo, por el recurrente - el Directivo Bancario a quien la Superintendencia del ramo no lo refrenda el nombramiento hecho por la sociedad correspondiente - ya que, es indubitable que la no refrendación del nombramiento, indispensable para entrar a ejercer el cargo, trae como consecuencia una lesión el patrimonio económico - eventualmente también podría ocasionarlo en el aspecto moral - , resultante de verse privado de la posibilidad de ejercer el empleo y recibir una retribución por sus servicios personales".

Como no se dio cumplimiento a la previsión contenida en el ordinal 6o. del artículo 137 del C.C.A., se deduce que la demanda carecía de un presupuesto indispensable para su admisión. El Tribunal no podía conocer del negocio hasta tanto no supiese a ciencia cierta si lo haría en única o en primera instancia, porque aunque el trámite es el mismo en ambos casos, tal determinación tenía y tiene esencial incidencia para efecto de los recursos que se pudieran interponer frente a las decisiones o providencias que se dictasen por el *a-quo*.

Al configurarse así la causal de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 140 del C. de P.C : "Cuando el juez carece de competencia ", lleva a esta Sala Unitaria a decretar la nulidad de todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda, incluido, por supuesto, el fallo proferido por el Tribunal, pues se trata de una nulidad insaneable, como lo dispone el inciso final de artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

Por las consideraciones anteriores y, además, por haberse producido los actos administrativos demandados en la ciudad de Bucaramanga, el juez competente es el Tribunal Administrativo de Santander, que ejerce jurisdicción en la capital de ese Departamento, el cual para determinar si el asunto es de primera o de única instancia, deberá exigir de los accionantes la estimación razonada de la cuantía para poder admitir la demanda, si, por lo demás, encuentra que se llenan los demás presupuestos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

RESUELVE :

1o DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado, desde el auto admisorio de la demanda, en el proceso de la referencia expediente No. 1580

en la primera instancia (No. 1842 de esta Corporación) en el que son demandantes el señor DANIEL RUEDA GOMEZ y LOGIA RENOVACION No 12.

2o. REMITIR el expediente al Tribunal de origen a fin de que proceda conforme a la parte final de las consideraciones de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Yesid Rojas Serrano.

DIRECCION SECCIONAL DE INSCRIMINAL -Facultades **JUZGADO DE INSCRIMINAL / TURNO DE DISPONIBILIDAD**

Las facultades de las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal en materia de organización de turnos y la forma de prestación de los mismos, solamente la pueden ejercer en relación con los jueces de instrucción criminal permanentes, más no respecto de los radicados y ambulantes. La resolución acusada al organizar los turnos de disponibilidad inmediata en las cabeceras de circuito donde funciona el cuerpo técnico de policía judicial y un solo juzgado de inscriminal, sin distinguir la clase de éste, viola la preceptiva de los artículos 319 y 320 del C. de P.P. DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1 a 6 de la Resolución No. 1282 de 22 de agosto de 1989 " Por la cual se organizan los turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras del Circuito donde funciona el Cuerpo Técnico de Policía Judicial y un solo Juzgado de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo ", expedida por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1846 Actor : Manuel Gilberto Salas Santacruz.

Acción de nulidad contra los artículos 1° a 6° de la Resolución número 1282 de 22 de Agosto de 1989 de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá.

El ciudadano MANUEL GILBERTO SALAS SANTACRUZ, obrando en su propio nombre, ha ocurrido ante esta Jurisdicción en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o. a 6o. de la Resolución número 1282 de 22 de Agosto de 1989 " Por la cual se organizan los turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras de Circuito donde funciona el Cuerpo Técnico de Policía Judicial y un solo Juzgado de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo ", expedida por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá.

I.- El ACTO ACUSADO

La parte resolutiva de la Resolución acusada es del siguiente tenor:

" ARTICULO 1o. - Establecer turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras de Circuito en donde funciona un solo Juzgado de Instrucción Criminal y la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo.

ARTICULO 2o.- Cada turno de disponibilidad inmediata tendrá una duración de una semana, la que comenzará el día lunes o martes después de un festivo y se cumplirá por el Juez y Secretario y/o Responsable de la Unidad y Secretario o el empleado que el funcionario designe.

ARTICULO 3o- Debe entenderse por turno de disponibilidad para efectos de la presente Resolución, la obligación que tiene tanto el Juez como el Responsable de la Unidad de Indagación Preliminar, de permanecer a disposición de la Dirección Seccional y de los Organismos auxiliares de la Justicia, para actuar de inmediato cuando se tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible, sin que ello signifique que durante el respectivo turno los funcionarios deban permanecer en su despacho.

ARTICULO 4o.- El Juez de Instrucción Criminal y/o el Responsable que deba prestar turno de disponibilidad informará por escrito, la dirección de su residencia igualmente la del empleado designado, al Comandante del puesto de Policía y al señor Médico Legista y a la vez los datos de éstos para que presten sus servicios oportunamente en coordinación con los funcionarios primeramente mencionados.

ARTICULO 5o. - Durante cada turno de disponibilidad inmediata el funcionario y empleado que lo esté atendiendo laborarán normalmente en los días y horas hábiles.

6o.- Los funcionarios que estén en turno de disponibilidad inmediata y hayan laborado efectivamente en jornada nocturna o día festivo, tendrán derecho a un día compensatorio que en ningún caso son acumulables y para poder disfrutarlo, al concluir el turno de disponibilidad inmediata, el Juez o Responsable informará por escrito a esta Dirección Seccional sobre las actividades desarrolladas en jornadas nocturnas o festivos, dando aviso del deseo de hacer uso del compensatorio. Cuando el titular se encuentre haciendo uso del compensatorio, el Juzgado y/o la Unidad de Indagación Preliminar atenderá normalmente.".

II. CAUSA PETENDI.

II.1.- Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 20,55, 76 numeral 12, 118 numeral 8o. 120 numeral 3o de la Constitución de 1886 ; artículo 20 numeral 11 literales b y d de la Ley 16 de 1968; 10 literal a del Decreto 2267 de 1969; y 313,319,320 y 325 del Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal).

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente :

1o.) : Violaciones constitucionales.

1-. Se quebrantaron los artículos 20,55,76 numeral 12,118 numeral 8o de la Carta, toda vez que la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá, argumentando que cumplía la función eminentemente administrativa de " coordinación ", invadió la órbita del legislador ordinario, y en su defecto del extraordinario, pues no estaba facultada para crear o establecer los llamados " turnos de disponibilidad inmediata"; es más, alegando la facultad que dice le otorga el artículo 10 letra a del Decreto 2267 de 1969 manifiesta que se hace " necesario reglamentar la actividad judicial ", contrariando de igual manera la misma norma que invoca y la Ley 16 de 1968 en su artículo 20 numeral 11 letras b y d.

Ello es así, por cuanto si la ley de autorizaciones facultó al Presidente de la República para expedir el Decreto 2267 de 1969, esta norma en manera alguna hace referencia a que los Directores Seccionales de Instrucción Criminal pudieran establecer turnos "de disponibilidad inmediata". Aún más, estando ya en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la remisión para expedir la Resolución acusada ya no estaba en normas anteriores, sino en las actualmente vigentes sobre la materia, vale decir, los artículos 319, 320 y

325, que al no ser tenidos en cuenta fueron violados igualmente si se tiene en cuenta principalmente el artículo 313 del mismo Código.

2-. Se quebranta el artículo 120 numeral 3o de la Carta Fundamental, pues el funcionario autorizado para desarrollar las leyes es el Presidente de la República. Si éste en uso de dicha facultad decide " establecer o crear " - como lo hizo en 1985 con el decreto 1229 - los llamados turnos de " permanencia" y de " disponibilidad inmediata", que ya no se explican en la práctica debido precisamente a la creación de tres clases nuevas de jueces de instrucción criminal, entre ellas, la de los permanentes, haciéndose, entonces, inoperantes los turnos mencionados.

Además, la Resolución demandada es copia casi textual de las disposiciones del Decreto 1229 de 1985, ya derogado, sin tener en cuenta lo referente al establecimiento de los días de descanso compensatorio (artículo 6o inciso 2o) y su aprobación por la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, la cual debe ser expresa y no tácita.

2o) : Violaciones legales .

1-. La Resolución acusada en su artículo 3o al disponer que el " .... turno de disponibilidad " es la obligación que tiene " tanto el Juez ... de permanecer a disposición de la Dirección Seccional y de los Organismos auxiliares de la Justicia ...", quebrantó el artículo 312 del Decreto 050 de 1987 al crear una nueva jerarquía administrativa no autorizada por la Ley.

2-. Los artículos 319,320 y 325 del Código de Procedimiento Penal se refieren a los Jueces de Instrucción Permanente, no pudiendo la Resolución 1282 de 1989 establecer el " turno de disponibilidad inmediata " para todos los Jueces de Instrucción Criminal (radicados, ambulantes y permanentes) en forma indiscriminada contrariando dichas normas. Y aún en el supuesto que se fundamentara en el Decreto 1229 de 1985 - desarrollo del artículo 3o de la Ley 55 de 1984 que modificó el 66 del anterior C. de P.P. - , éste fue derogado en materia de Jueces de Instrucción Criminal.

Por tanto, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 3o de la ley 153 de 1887, la Resolución acusada es ilegal por quebrantar normas superiores a las que debía estar sujeta; por haber sido expedida por funcionario incompetente en cuanto al establecimiento o creación de los turnos de disponibilidad inmediata y por desviación de atribuciones de la Dirección Seccional de Boyacá, pues so pretexto de "coordinar administrativamente", establece turnos previstos en su época, pero ya derogados.

Revivir dichos turnos requiere de otro Decreto expedido por el Presidente de la República y no mediante una Resolución de funcionario de inferior categoría. Las facultades otorgadas a las Direcciones Seccionales de

Instrucción Criminal por los artículos 319, 320 y 325 mencionados, ya no se refieren a dichos turnos pues al existir la nueva clasificación de los Jueces de Instrucción Criminal y entre ellos los Permanentes, es la actividad de éstos (turnos) la que debe reglamentarse.

La Resolución enjuiciada, pues, por la sola referencia a los turnos de disponibilidad inmediata no los revive por cuanto no tiene dicha facultad y por lo tanto es ilegal.

III.- TRAMITE DE LA ACCION.

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y de alegatos.

Como el demandante solicitó en escrito separado al de la demanda la suspensión provisional de los artículos 1o y 3o de la Resolución acusada, la Sala, en el auto admisorio de 6 de Febrero de 1992, denegó dicha medida precautoria al considerar que no se daba la transgresión manifiesta de la norma legal ni de los artículos del Código de Procedimiento Penal invocados como violados.

La parte demandada: La Nación-Ministerio de Justicia constituyó apoderada a través de la cual contestó la demanda, oponiéndose a las súplicas de la demanda con fundamento, en esencia, en las siguientes razones:

El artículo 10 del Decreto 2267 de 31 de Diciembre de 1969 señala las funciones del Director Seccional de Instrucción Criminal, entre las que se halla la de coordinar administrativamente el funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal de su jurisdicción.

Se debe entender en forma amplia la atribución de dichos Directores en el sentido de coordinar administrativamente el funcionamiento de los Juzgados de Instrucción Criminal de su jurisdicción, por cuanto implica una función administrativa de los mismos, como determinar el establecimiento de turnos de disponibilidad inmediata en Cabeceras de Circuito de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, en donde funcione un solo Juez de Instrucción Criminal y la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

Si bien es cierto que el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal establece las diferentes clases de Jueces de Instrucción Criminal (Radicado, Ambulante y Permanente), también lo es que la coordinación administrativa se refiere en general a los Jueces de Instrucción Criminal.

No se presenta violación de los artículos 311 y 312 del Código de Procedimiento Penal por cuanto el primero de los artículos mencionados claramente indica quienes son funcionarios de instrucción -numeral 3o-: "Los jueces superiores y los de instrucción".

Así mismo, el artículo 312 del mismo Estatuto Procedimental señala como auxiliares de los funcionarios de instrucción criminal a: los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y quienes transitoriamente ejerzan esas funciones; el personal técnico del Instituto de Medicina Legal; y las demás personas que por sus conocimientos sean llamadas a colaborar dentro de la investigación.

La obligación de permanecer a disposición de la Dirección Seccional y de los Organismos Auxiliares de la Justicia no se debe entender como dependencia, sino que tiene como objetivo "actuar de inmediato cuando se tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible".

Por otra parte el inciso 2o del artículo 319 ibídem establece que "...Corresponden a las direcciones seccionales de instrucción organizar los turnos y la forma de prestación de los mismos, de acuerdo a (sic) las necesidades del servicio". ¿Y si tales Direcciones Seccionales no cumplen con la función legal de "coordinar administrativamente el funcionamiento de los juzgados de Instrucción Criminal de su jurisdicción", quién debe hacerlo?

En la etapa procesal de los alegatos de conclusión sólo actuó la parte actora.

IV.- CONSIDERACIONES A LA SALA.

Por medio de la Resolución número 1282 de 22 de Agosto de 1989, expedida por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá, se establece lo siguiente: turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras de Circuito en donde funciona un solo Juzgado de Instrucción Criminal y la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo (artículo 1o.); duración del turno y su cumplimiento por el Juez y/o Responsable de la Unidad de Indagación Preliminar y sus Secretarios (artículo 2o.); la obligación del Juez o del Responsable de la Unidad de Indagación Preliminar que estén en turno de permanecer a disposición de la mencionada Dirección Seccional y de los Organismos Auxiliares de la Justicia para actuar de inmediato cuando se tenga conocimiento de un hecho punible (artículo 3o.); información del lugar de residencia de los encargados del turno al Comandante del Puesto de Policía y al Médico Legista para la prestación oportuna de sus servicios (artículo 4o.); horario normal de los encargados del turno en días y horas hábiles (artículo 5o.); reconocimiento de un día compensatorio a los

encargados de cumplir el turno en jornada nocturna o día festivo (artículo 6o.).

Sea lo primero observar que el Decreto-Ley 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal), vigente para la fecha de expedición de la Resolución Acusada, por regular la materia referente a los Jueces de Instrucción Criminal (clases y número, negocios de que conocen, lugar donde cumplen sus funciones y forma de cumplimiento de las mismas), es derogatorio de las normas anteriores incompatibles con él, por mandato del artículo 3o. de la Ley 153 de 1887.

El referido Código determina tres clases de Jueces de Instrucción Criminal: Radicados, Ambulantes y Permanentes (artículo 313); que el número y lugar de radicación de los Jueces de Instrucción Criminal Radicados lo determina la Dirección Seccional de Instrucción Criminal (artículo 1o. del Decreto-Ley 2171 de 1989, modificatorio del 314); forma de reparto de los negocios de los mismos (artículo 315); competencia y forma de reparto de los negocios de los Jueces de Instrucción Criminal Ambulantes (artículos 316 y 317); competencia de los Jueces de Instrucción Criminal Permanentes; sede y carácter permanente de la investigación de los mismos (artículos 318 a 320).

De los artículos enunciados resulta pertinente destacar que el 319 señala como atribución de las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal en relación con los Jueces de Instrucción Criminal Permanente la de "organizar los turnos y la forma de prestación de los mismos, de acuerdo a las necesidades del servicio". El artículo 320, por su parte, consagra que los referidos Juzgados, los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y quienes transitoriamente ejerzan esas funciones y el Personal Técnico del Instituto de Medicina Legal se organizarán "de modo que la función que cumplan se desarrolle en forma continua en todos los días y a todas las horas", es decir, para que la función de investigación sea permanente.

Significa lo precedente que las facultades de las Direcciones Seccionales de Instrucción Criminal en materia de organización de turnos y la forma de prestación de los mismos (dentro de la cual se pueden establecer turnos de disponibilidad inmediata), sólamente la pueden ejercer en relación con los Jueces de Instrucción Criminal Permanentes según se desprende de los artículos 319 y 320 del C.de P.P., mas no respecto de los Jueces de Instrucción Criminal Radicados y Ambulantes.

De acuerdo con el análisis anterior, la Sala considera que la Resolución acusada al organizar los turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras de Circuito donde funciona el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial y un sólo Juzgado de Instrucción Criminal, sin distinguir la clase de éste, en los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo, viola la preceptiva de los artículos

319 y 320 del C. de P.P., invocados por el actor, lo cual amerita la declaratoria de su nulidad y así se hará en la parte resolutiva de esta sentencia.

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 declara la nulidad de los artículos 1° a 6° de la Resolución número 1282 de 22 de Agosto de 1989 "Por la cual se organizan los turnos de disponibilidad inmediata en las Cabeceras de Circuito donde funciona el Cuerpo Técnico de Policía Judicial y un solo Juzgado de Instrucción Criminal de los Distritos Judiciales de Tunja y Santa Rosa de Viterbo", expedida por la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos del proceso, o su remanente.

COPIESE. NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día nueve (9) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DELEGACION DE FUNCIONES

La Ley 15 de 1959 no autorizó al gobierno para delegar en los alcaldes la función de suspender el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto No. 0209 de 3 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 2050. Acción: Nulidad Actor: Jesús Vallejo Mejía

El doctor Jesús Vallejo Mejía, en ejercicio del derecho que como ciudadano le confiere el artículo 40 numeral 6o. de la Constitución Nacional, ha incoado ante esta Corporación la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que se decrete la nulidad, previa suspensión provisional, del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto número 0209 de 3 de Febrero de 1992 "por el cual se libera el ingreso de vehículos clase taxi municipal a las diferentes ciudades del país, se dictan otras disposiciones y se deroga el Decreto 236 de 1991", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA ADMISION DE LA DEMANDA.

Como la demanda y sus anexos se ajustan 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.

II.- LA SUSPENSION PROVISIONAL.

II.1.- Aparece sustentada en el libelo de la demanda así:

Debe ordenarse la suspensión provisional del acto acusado por las siguientes razones:

1o): Por manifiesta infracción de la Ley 15 de 1959:

Es suficiente confrontar el texto acusado con el de la ley para concluir que el único mandato de intervención que se facultó al Gobierno Nacional para delegar en los Alcaldes fue el previsto en el literal d del artículo 1o. de la ley, sobre fijación de tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental y sobre el establecimiento de la forma de pago o de prestación del servicio de transporte establecido por la misma ley a cargo de los empleadores y en beneficio de los empleados.

Luego al no estar facultado el Gobierno por esta ley ni por ninguna otra para delegar en los Alcaldes la atribución de suspender en las ciudades el ingreso por incremento de vehículos clase taxi se hace palmaria la infracción de la citada ley, y concretamente de su artículo 1o.

2o): Por manifiesta infracción del artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, según el cual el Presidente de la República sólo puede delegar en los Alcaldes o en otras autoridades las funciones que señala la ley. No habiendo ésta en parte alguna señalado dentro de tales funciones delegables la de suspender el ingreso por incremento de vehículos clase taxi en los territorios municipales, distritales o metropolitanos, es claro que el Gobierno ha incurrido en flagrante violación del artículo 211 citado.

II.2.- PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El parágrafo 1o. del artículo del Decreto 0209 de 3 de Febrero de 1992, es del siguiente tenor:

> "Parágrafo 1o. Los Alcaldes Distritales, Municipales o Metropolitanos, podrán suspender por el tiempo que se requiera el ingreso por incremento, de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción, cuando consideren que en (sic) la ciudad respectiva se encuentra saturada de esta clase de vehículos.".

Al examinar el texto del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959 y su parágrafo fácilmente se advierte que el único mandato de intervención que se confirió al Gobierno para delegar en los Alcaldes fue el consagrado en el literal d de dicho artículo para "Fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta Ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado".

Al confrontar este precepto con la norma reglamentaria acusada fluye claramente que la delegación hecha en ésta a los Alcaldes para "suspender por el tiempo que se requiera el ingreso por incremento, de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción cuando consideren que en la ciudad respectiva se encuentra saturada de esta clase de vehículos" no se ciñe con fidelidad al mandato legal de intervención, pues éste no se refiere a esta materia, razón suficiente para predicar su transgresión manifiesta y que justifica que se decrete la suspensión provisional del referido parágrafo.

Igual notoriedad cabe pregonar respecto del quebrantamiento del artículo 211 de la Constitución Nacional dado que la ley 15 de 1959 no autorizó al Gobierno para delegar en los Alcaldes, la función de suspender el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción.

Debe, en consecuencia, accederse a decretar la medida precautoria solicitada.

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

RESUELVE :

I.- Por ajustarse a las formalidades legales admítese la demanda presentada por el ciudadano y abogado JESUS VALLEJO MEJIA, quien actúa en nombre propio. En consecuencia, se dispone:

a): Notifíquese personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

b): Notifíquese personalmente al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

c): Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d): Solicítese al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte que en término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos

correspondientes al acto acusado. Hágasele saber el citado funcionario que 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., en concordancia con el Decreto Reglamentario 2867 de 1989, y con el objeto de atender los gastos ordinarios del proceso, deposite la demandante la suma de DOS MIL ($2.000.00) PESOS M.CTE, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II.- Tiénese como demandante al ciudadano y abogado JESUS VALLEJO MEJIA y como demandada a la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

III.- Se decreta la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto número 0209 de 3 de Febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día nueve (9) de julio de mil novecientos noventa y dos (1.992)

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACUERDO BOLIVARIANO-Vigencia/**ACUERDO DE CARTAGENA/ PATENTE DE INVENCION/PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL**

El "Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención" suscrito en Caracas en 1911 se encuentra vigente y, en tal virtud, se torna de obligatorio cumplimiento por parte de Colombia. En Colombia la ley sobre patentes es la consignada en la Decisión 85 y las normas del C. de Co. que no resulten incompatibles con ésta. Empero, si bien se revisan estos ordenamientos, ninguno de ellos consagra un trámite para la obtención de patente cuando ya se ha obtenido en el extranjero. Estas normas no consagran procedimientos para el específico caso contemplado en el artículo 1o del Acuerdo Bolivariano de 1911. Los trámites contenidos en aquellas disposiciones no suponen la existencia de la patente de invención, sino simplemente que ésta se haya solicitado para efecto de reconocer o no alguna prioridad derivada de la solicitud. Esto quiere decir que lo que se ha pactado en la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena no comprende el específico fin consagrado en el Acuerdo Bolivariano de 1911. Luego resulta descabellado afirmar que aquel sustituyó a éste para deducir, por supuesto equivocadamente, que el primer tratado fue derogado y quedó sin vigencia. Esto contraría abiertamente el principio de derecho internacional común según el cual, un tratado caduca por la conclusión de uno nuevo entre las mismas partes sobre el mismo objeto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1537 Actor :Alvaro Bonell

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 señor Alvaro Bonell Contra la Resolución No. 3081 de 27 de abril de 1990, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.- ANTECEDENTES

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

El ciudadano venezolano Alvaro Bonell, domiciliado en Caracas, Venezuela, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante esta Corporación la nulidad de la precitada Resolución y el restablecimiento del derecho violado con dicho acto, el cual se traduce en la siguiente petición adicional a la de nulidad (fls. 95 y 96):

Que se otorgue privilegio de invención al señor Alvaro Bonell para el invento titulado "MEJORAS EN LA IDENTIFICACION DE VEHICULOS Y SU CONSIGUIENTE PROTECCION", con las reivindicaciones que se describen en el hecho 2. de la demanda, para lo cual el Consejo de Estado ordenará a la autoridad competente que proceda a dictar nueva providencia que reemplace la Resolución 3081 aquí impugnada.

b.- El acto acusado (fl. 95)

Lo es la citada Resolución No. 3081 de 27 de abril de 1990, en cuanto ella resolvió:

"Artículo 1.- Confirmar la decisión negativa, resultante del silencio administrativo, invocado por el apoderado del señor Alvaro Bonell domiciliado en Caracas-Venezuela, por lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

"Artículo 2.- Revocar por improcedente el auto No.1330 de fecha 2 de agosto de 1988.

"Artículo 3.- Inadmitir el escrito contentivo del Recurso de Apelación calendado el 24 de noviembre de 1988.

"Artículo 4.- Declarar agotada la Vía Gubernativa".

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 96 a 101):

1.- El señor Alvaro Bonell presentó el 25 de noviembre de 1987, una solicitud de patente de invención para el invento titulado "MEJORAS EN LA IDENTIFICACION DE VEHICULOS Y SU CONSIGUIENTE PROTECCION" a la cual correspondió el expediente No. 278.970.

2.- Las reivindicaciones del invento son las siguientes:

"1. Mejora en la identificación de vehículos automotores a través de la grabación indeleble de la numeración o signos de la placa de la movilidad tanto en el vidrio parabrisas como en el vidrio trasero, en una altura aconsejable no menor de 3 cms. ni mayor de 7 cms. para cada una de las letras y números, procurando que la grabación completa no ocupe más de 25 cms. de ancho; grabación que debe tener entre 0.2 y 0.3 mm de profundidad. La misma se la efectúa en el vidrio delantero en la parte superior derecha, de forma que no obstaculice para nada la visibilidad del conductor, y en el vidrio trasero en la parte superior izquierda, de forma que no moleste la visión del conductor a través del espejo retrovisor interior.

"2. La grabación, además de la reivindicación 1, de la numeración y signos mencionados en los vidrios laterales de la movilidad, a 3 ó 4 cms. en los vidrios por encima de la parte superior de las puertas, en dimensiones en cuanto a altura de 3 cm. y en cuanto a lo largo de 3 ó 4 cms.

"3. Mejora en la protección del derecho propietario del vehículo a través de las reivindicaciones 1 y 2, al permitir una identificación del vehículo más rápida, más fácil y segura, en cualquier circunstancia particularmente en los casos de hurto, robo de vehículos, etc.".

3.- La División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio por auto 3043, notificado por Estado de 26 de enero de 1988 pidió al solicitante que dentro del término de 60 días se allegará la copia legalizada de la primera solicitud presentada en el extranjero (en este caso en Bolivia) para el mismo invento a que se refiere la solicitud colombiana, expediente No.278.970. En el mismo auto se pidió al solicitante modificar las reivindicaciones 1 y 3 al considerar que las originalmente presentadas hacían alusión a ventajas y desventajas.

4.- Por medio del memorial de 4 de marzo de 1988, se puso de presente ante la División de Propiedad Industrial que los requerimientos a que se refiere el hecho precedente no son necesarios en este caso por cuanto éste trata de una petición de reconocimiento de una patente expedida en un país miembro del Convenio Boliviariano. Se trata del reconocimiento de la patente No. 4766 otorgada el 19 de septiembre de 1986 en Bolivia.

Con el mismo memorial de 4 de marzo de 1988 se aportó la certificación expedida por el Director General del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela sobre el depósito de los instrumentos de ratificación de los países signatarios del Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de invención suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por Colombia según la Ley 18 de 1913 y cuyo instrumento de ratificación se depositó el 24 de julio de 1914.

5.- En vista de la decisión negativa originada por silencio administrativo con relación a la solicitud de patente presentada el 25 de noviembre de 1987 a nombre del señor Alvaro Bonell, se presentó, el 29 de julio de 1988, ante la Superintendencia de Industria y Comercio recurso de reposición y subsidiario de apelación contra tal acto administrativo.

6.- La División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió el auto 1330, notificado por estado del 4 de agosto de 1988, en el cual, al considerar que la norma aplicable para decidir sobre este caso es la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y no el Acuerdo Bolivariano de 1911, dispuso lo siguiente:

> "otorgar el término de sesenta (60) días hábiles para dar cumplimiento a los requisitos de que trata el informe técnico dado a conocer al solicitante mediante el auto número 3043, ya citado".

7.- Frente al acto administrativo negativo originado por silencio administrativo en relación con el recurso presentado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el 29 de julio de 1988, se presentó ante la misma autoridad, de conformidad con el artículo 60 del C.C.A., solicitud de conceder para ante el señor Ministro de Desarrollo Económico el recurso de apelación, lo cual se hizo según memorial presentado el 24 de noviembre de 1988.

8.- En este estado, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió declarar agotada la vía gubernativa, mediante la Resolución aquí acusada.

9.- El señor Alvaro Bonell es propietario de la patente de invención otorgada en Bolivia bajo el número 4766, Serie B, del 19 de septiembre de 1986 para el mismo invento, o sea para "MEJORAS EN LA IDENTIFICACION DE VEHICULOS Y SU CONSIGUIENTE PROTECCION", cuyas reivindicaciones son las ya descritas en el hecho 2.

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 (fls. 101 a 111 y 135 a 153), las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan de la siguiente manera:

Primer cargo.- Violación del Acuerdo Bolivariano sobre Patentes y Privilegios de Invención de 1911, por ser de superior jerarquía a las leyes internas de los Estados partes de dicho Acuerdo, en particular, para este caso, superior a las normas del Código de Comercio Colombiano, el cual es solamente una ley interna que no puede contrariar a aquella norma comunitaria de 1911, que fue aprobada por el Presidente de Colombia el 22 de octubre de 1912 y por el Congreso mediante Ley 18 de 4 de octubre de 1913.

La Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, ha sido aprobada solamente por Perú, Ecuador y Colombia, por lo cual no puede sostenerse que dicha Decisión abrogó o sustituyó el Acuerdo de 1911.

Aun cuando la Decisión 85 es posterior al Acuerdo de 1911, no se puede abrogar ni modificar sin el consentimiento de todas las partes del mismo, el cual incluye también a Bolivia y Venezuela.

La Resolución acusada viola el Acuerdo Bolivariano de 1911 directamente al negar la concesión dé la patente o privilegio de invención al demandante, ya que éste dispone que el propietario de una patente en un país del Acuerdo tiene derecho a la misma patente en los otros países del Acuerdo donde presente solicitud al efecto, sin sujetar tal derecho a condición alguna distinta de la de haber ya obtenido la patente. Probado este extremo, el otro país del Acuerdo, no puede, sin violarlo, dejar de otorgar la patente.

Para reforzar el punto de vista expuesto en este cargo, cita, transcribe y comenta los artículos 30, 54, 56, 57 y 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985, según los cuales, afirma, por regla general, un tratado público internacional termina conforme a las disposiciones del mismo tratado o por mutuo consentimiento de todas las partes involucradas en el mismo.

Segundo cargo .- Violación del artículo 31 y el ordinal 18 del artículo 120 de la Constitución Nacional en cuanto estas normas facultan al Presidente para conceder patentes con arreglo a las leyes, tal cual es en este caso la Ley 18 de 1913, mas no en otras diferentes de derecho interno.

Tercer cargo.- Violación de los artículos 120, numeral 20, y 76, numeral 18, de la Constitución Nacional porque con base en ellas se aprobó el Acuerdo

sobre Patentes y Privilegios de Invención de 1911, y en tal virtud debe estarse a lo dispuesto en él, así aprobado, y no a otras normas de inferior jerarquía.

e.- Las razones de la defensa

La parte demandada guardó silencio durante todo el proceso.

f.- La actuación surtida

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

Mediante providencia de 7 de septiembre de 1990, se admitió la demanda (fls. 115 a 116).

Por auto de 14 de diciembre de 1990, se dispuso tener como pruebas de la parte actora las documentales anexas a la demanda (fl. 123).

Mediante proveído de 6 de febrero de 1991, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al señor Fiscal para la emisión de su concepto de fondo (fl. 125).

Cuando corría el traslado anterior, el demandante solicitó adicionar el auto que lo ordenó en el sentido de disponer la suspensión del proceso y pedir al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena "su obligatoria Interpretación Prejudicial de las normas pertinentes del ordenamiento legal Andino".

La petición de que se da cuenta en el párrafo que antecede fue denegada por auto de 15 de marzo de 1991, por considerarse, en suma la improcedencia de tal interpretación prejudicial, derivada del hecho de no haberse predicado por el actor violación alguna de normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y por cuanto a dicho Tribunal no corresponde pronunciarse sobre la preponderancia de la mencionada Decisión 85 frente al Acuerdo Bolivariano de 1911, el cual, independientemente de su jerarquía o de su vigencia, entró a formar parte integrante de nuestro derecho interno (fls.132 a 134).

Además, en el alegato de conclusión, apoyado en fallo del Tribunal citado (el de 26 de febrero de 1991, proceso No.2-IP-91) y en providencia del Consejo de Estado de 19 de diciembre de 1988, dictada en el proceso No.593, demandante *Schering Corporation*, Consejero Ponente, doctor Simón Rodríguez Rodríguez, el actor en este proceso insiste en que debe solicitarse la interpretación prejudicial porque se trata de un proceso en instancia sin recurso ulterior y que envuelve la aplicación de normas del derecho

comunitario, omisión que implicaría una falla o inadvertencia en la administración de justicia que podría dar lugar a la nulidad del mismo.

No puede olvidarse, dice el actor, que la resolución acusada encuentra fundamento, en sentir de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, siendo de esta manera necesario saber cuál es el alcance que tiene dicha Decisión frente al Acuerdo Bolivariano de 1911, cuando la solicitud de patente se funda en éste y no en aquella.

Finalmente, encontrándose el proceso para proyectar la correspondiente sentencia, el actor solicitó de nuevo se procediese a solicitar la interpretación prejudicial, petición ésta que se resolvió adversamente por auto de 17 de enero de 1992 (fls. 166 a 168).

II.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 155 a 157) :

El artículo 83 del Decreto 1190 de 1978, aprobatorio de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, establece la prohibición a los países miembros de celebrar unilateralmente convenciones sobre propiedad industrial con otros países, que contravengan este decreto. Y el artículo 85 establece que los derechos sobre propiedad industrial concedidos con anterioridad al decreto, subsisten por el tiempo que fueron concedidos, pero su uso y goce, obligaciones y licencia, renovaciones y prórrogas se regirán por las normas que contiene dicho decreto.

El hecho de que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no haya sido incorporada al derecho interno de Bolivia y Venezuela, no obstante haber sido aprobada por ellos, no implica el que en nuestro país no se deba aplicar su normatividad.

Además, si el artículo 1o. del Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 señala que quien obtenga una patente o privilegio de invención, por primera vez, en uno de los Estados signatarios disfrutará en los demás de los derechos de inventor siempre y cuando el registro de su patente se haga dentro del término máximo de dos años "... *en la forma determinada por las leyes del país en que pidiese su reconocimiento*" (Subrayas de la Fiscalía), quiere ello decir que en Colombia dicho registro debe hacerse de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto 1190 de 1978, mediante el cual se incorporó a nuestro derecho interno la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Por lo anterior, manifiesta la Fiscalía que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a acometer el estudio de fondo, la Sala puntualiza que el aspecto relacionado con la solicitud de interpretación prejudicial de normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por parte del Tribunal de Justicia de dicho Acuerdo, se encuentra plenamente definido en el proceso, en la medida en que los autos de 15 de marzo de 1991 y 17 de enero de 1992, a que se hizo referencia en otro acápite de esta providencia, quedaron debidamente ejecutoriados y, por tanto, son ley del proceso.

Hecha la anterior precisión, la Sala considera que el punto cardinal del litigio se contrae a analizar y definir el primer cargo formulado en contra del acto cuya nulidad se solicita, pues de ello dependerá el que los cargos segundo y tercero prosperen o no, dado que la violación de las normas constitucionales que en ellos se alega está condicionada a la alegada transgresión del Acuerdo Bolivariano sobre Patentes y Privilegios de Invención, de fecha 18 de julio de 1911.

En consecuencia, cabe recordar que el primer cargo formulado reposa en que a través del acto demandado la Superintendencia de Industria y Comercio determinó someter al régimen de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena la solicitud de registro de la patente de invención denominada "Mejoras en la identificación de vehículos y su consiguiente protección", que el Gobierno Boliviano había concedido al actor el 19 de septiembre de 1986, cuando lo procedente era haberle reconocido tal privilegio con fundamento en el "Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención" suscrito en la ciudad de Caracas el 18 de julio de 1911 y ratificado por sus signatarios, Bolivia en 1912, Colombia, Ecuador y Venezuela en 1914 y Perú en 1915, según consta en certificación expedida por el Director General del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, país depositario de dicho Acuerdo (fl. 1).

Ahora bien, en la Resolución acusada No.3081 de 1990 la Superintendencia de Industria y Comercio aduce como razón para inaplicar el denominado Acuerdo Bolivariano de 1911 que el reconocimiento de patentes ya concedidas a que éste se refiere quedó tácitamente derogado por la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, estatuto que, expresa, fue acogido por los mismos países que hacían parte de aquel, puesto que los aspectos jurídico y técnico que cobijaban dicho Acuerdo fueron contemplados en la nueva normatividad que fue incorporada a la legislación colombiana mediante Decreto 1190 de 1978.

La Sala discrepa del parecer de la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en las consideraciones que a continuación expresa:

En primer lugar, no es cierto que la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena haya sido acogida por los mismos países que suscribieron y ratificaron el Acuerdo Bolivariano de 1911, pues, como lo señala el autor Galo Pico Mantilla en su obra sobre "Jurisprudencia Andina", "Ecuador aprobó la Decisión 85 mediante Decreto Supremo 1257 de 10 de marzo de 1977; Colombia lo hizo por decreto 1190 de 20 de junio de 1978 y Perú, por Decreto Ley 22532 de 15 de mayo de 1979, Bolivia, inicialmente expidió el Decreto Ley 19183 de 30 de septiembre de 1982, pero mediante Decreto Supremo 19353 de 28 de diciembre del mismo año, dejó suspendida su aprobación, Venezuela, hasta la fecha, no ha realizado la mencionada incorporación" (Pico Mantilla, Galo. Jurisprudencia Andina, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, Pág. 91).

Conforme al Artículo II del "Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", aprobado por Colombia mediante la Ley 17 de 1980, "Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión" y serán directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Pero la misma disposición previene que "Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro", como así sucede con respecto a la mencionada Decisión 85, según se deduce del texto de su artículo 86.

Consecuencia necesaria de lo expuesto es que la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto acusado no podía válidamente predicar la aplicación de las disposiciones de la Decisión 85 en la Comisión del Acuerdo de Cartagena para, con base en ello, decidir acerca de una solicitud de reconocimiento de una patente cuya titularidad la había concedido el Gobierno Boliviano, por la sencilla razón de que tal país, Bolivia, no la ha incorporado a su ordenamiento legal interno, y más aún, constituyendo un principio fundamental del Derecho Internacional el que un tratado o acuerdo de esa categoría o, como en el caso presente, una decisión fundamentada en el Acuerdo, no puede crear obligaciones ni derechos para un Tercer Estado, sin su consentimiento.

Argumenta el actor que la terminación de un tratado o retiro de él de una parte podrán tener lugar, a voces con el artículo 54 de la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

Pero como no existe prueba de que la Convención de Viena haya sido ratificada por los otros países del grupo bolivariano y, además, ésta es posterior al Acuerdo de 1911, su invocación resulta inapropiada. Sin embargo, las mencionadas reglas y el principio *pacta sum servanda*, según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, son perfectamente aplicables para definir si el Acuerdo Bolivariano de 1911 está o no vigente, de lo cual dependerá el que sus normas deban ser o no aplicadas por las autoridades colombianas.

Siendo ello así, la Sala, luego de una detenida lectura del tan mencionado Acuerdo Bolivariano y de las piezas que integran el proceso, llega a la conclusión de que por no contemplarse en ninguna de sus disposiciones mecanismos para su terminación y por no existir prueba de que las partes que los suscribieron y ratificaron hayan decidido de común acuerdo ponerle fin, cabe válidamente afirmar, por lo que a estos aspectos se refiere, que el "Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención" suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 se encuentra vigente y, en tal virtud, se torna de obligatorio cumplimiento por parte de Colombia, como, además, lo certifica el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, a folio 2 del expediente.

Ahora bien, se sostiene en la Resolución acusada como argumento para aplicar la Decisión 85 a la solicitud del actor y no el Acuerdo Bolivariano, que éste remite para efectos del reconocimiento de la patente o privilegio de invención a las leyes del país donde se solicita su registro, lo que de por sí entraña el reconocimiento de su vigencia, y pone de presente esta contradicción en la cual incurre la Superintendencia.

En Colombia la Ley sobre patentes es la consignada en la Decisión 85 y las normas del Código de Comercio que no resulten incompatibles con ésta. Empero, si bien se revisan estos ordenamientos, ninguno de ellos consagra un trámite para tal evento. La Decisión 85 consigna sí uno para la obtención de la patente, pero ninguno para cuando, como en el caso *sub lite*, ya se ha obtenido ésta en el extranjero.

Ni el literal d) del artículo 5o. de la Decisión 85, ni el parágrafo del artículo 544 del Código de Comercio contemplan procedimientos para el específico caso consagrado en el artículo 1o. del Acuerdo Bolivariano de 1911. Los trámites contenidos en aquellas disposiciones no suponen la existencia de la patente de invención, sino simplemente que ésta se haya solicitado para efecto de reconocer o no alguna prioridad derivada de la solicitud. Esto quiere decir que lo que se ha pactado en la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena no comprende el específico fin consagrado en el Acuerdo Bolivariano de 1911. Luego, resulta descabellado afirmar que aquel sustituyó a éste para deducir, por supuesto equivocadamente, que el primer tratado fue derogado y quedó sin vigencia.

Esto contraría abiertamente el principio de derecho internacional común según el cual, un tratado caduca por la conclusión de uno nuevo entre las mismas partes sobre el mismo objeto. Y, evidentemente, ninguno de estos dos supuestos se dan justa y cabalmente en el caso controvertido.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que prospera el primer cargo formulado, razón por la cual el acto cuya nulidad se solicita incurre igualmente en violación de las normas constitucionales que se alegan en los cargos segundo y tercero y, por lo tanto, procede la declaratoria de su nulidad.

En relación con el restablecimiento del derecho, la Sala considera que no es posible acceder a él en la forma como lo solicita el actor, es decir, "...se otorgue privilegio de invención al señor Alvaro Bonell para el invento titulado MEJORAS EN LA IDENTIFICACION DE VEHICULOS Y CONSIGUIENTE PROTECCION" (fl. 96), pues auncuando se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1o. del Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención, como quiera que la patente le fue otorgada por el Gobierno Boliviano el 19 de septiembre de 1986 (fl. 52) y la solicitud para su reconocimiento en nuestro país fue presentada ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio el 25 de noviembre de 1987 (fl. 25), no existen elementos de juicio en el expediente para analizar si se presentan las excepciones al registro de patentes ya obtenidas, consagradas en los ordinales 1o. y 2o. del artículo 3o. del mismo Acuerdo, referentes a que la solicitud de reconocimiento de la patente se puede rechazar cuando la invención o descubrimiento ya hubiese tenido publicidad en otros Estados y cuando atente contra la higiene pública, según las leyes del país donde la patente haya de reconocerse, razón por la cual sólo procederá impartir la orden a la Superintendencia de Industria y Comercio para que continúe con el trámite de la solicitud que se radicó ante su División de Propiedad Industrial el 25 de noviembre de 1987, bajo el No. 278970 (fl. 25), en aplicación de las disposiciones contenidas en el referido Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención.

IV.- DECISION

En mérito de lo anterior, 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.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 3081 de 27 de abril de 1990, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Segundo.- Negar el restablecimiento del derecho en la forma solicitada por el actor y, en su lugar, ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio continuar el trámite de la indicada solicitud, de conformidad con el Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911.

Tercero.- Con remisión de copia de esta sentencia, comuníquese la decisión a la Superintendencia de Industria y Comercio y a su División de Propiedad Industrial.

Cuarto.- En firme este fallo y efectuada la comunicación que se ordena en el punto precedente, archívese el expediente.

Háganse las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUSPENSION PROVISIONAL - Ilegalidad/ **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL /LEY-** Interpretación/ **DEBIDO PROCESO**

La decisión mediante la cual se decretó la suspensión provisional es claramente ilegal y por tanto, no puede producir efectos jurídicos. De conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial, prevalencia esta que debe guiar al juez en la interpretación de la ley procesal. El hecho de haberse decretado la medida de suspensión provisional con fundamento en normas que se encuentran anuladas y, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico, implica un desconocimiento del derecho sustancial consagrado en el acto administrativo cuya nulidad se solicita. Uno de los principios esenciales de la garantía constitucional del debido proceso es el de que las decisiones judiciales y quienes sean juzgados se ajustan y se rijan por las leyes preexistentes, en razón de la cual los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2065. Actor : Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A.

Habiéndose adoptado mediante providencia de 3 de julio de 1992 la decisión de admitir la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad instauró la Sociedad Líneas Aéreas Petroleras LAP S.A. en contra de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991, proferida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, e igualmente la de decretar la suspensión provisional de los efectos de sus artículos 1o., 2o., 3o., y 4o., y habida cuenta que ella no se encuentra ejecutoriada, la Sala observa la situación que se describe a continuación:

1.- Mediante sentencia proferida el 17 de abril de 1991, la Sección Primera del Consejo de Estado decretó la nulidad del Decreto 1376 de 30 de abril de 1986, expedido por el señor Presidente de la República y por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez. Actor: Jorge Salcedo Segura y otro, Expediente No. 743).

2.- La sentencia de que se da cuenta en el numeral anterior se notificó por edicto el 14 de mayo de 1991 y quedó ejecutoriada el día 23 del mismo mes y año.

3.- La decisión de suspender provisionalmente los efectos de las normas arriba indicadas se fundamentó en que, de acuerdo con las razones expuestas en sustento de la solicitud de la medida, ellas incurrían en manifiesta infracción del artículo 12, en concordancia con los artículos 2o., 3o., 4o., y 5o. del Decreto 1376 de 1986, sin que, por otra parte, se encuentre manifiesta violación de los artículos 158 y 162 del Decreto Ley 222 de 1983.

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que la demanda instaurada en el proceso de la referencia lo es en ejercicio de la acción de nulidad, cuyo fin supremo es el mantenimiento de orden jurídico, y

CONSIDERANDO :

1o. - Que de acuerdo con lo anterior, la decisión mediante la cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o., y 4o., de la Resolución demandada es claramente ilegal y, por tanto, no puede producir efectos jurídicos, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre los cuales vale la pena citar la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil en fecha 28 de octubre de 1988, donde se expresó lo siguiente:

> "Hase dicho reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte, que los autos aún firmes no ligan al juzgador para proveer conforme a derecho, pudiendo por ende apartarse de ellos cuando quiera que lo resuelto no se acomode a la estrictez del procedimiento. Así por ejemplo, refiriéndose a estos autos expresó que 'la Corte no puede quedar obligada

por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece, cometiendo así un nuevo error ' (auto de 4 de febrero de 1981; en el mismo sentido sentencia de 23 de marzo de 1981; LXX, pág. 2; XC, pág. 330).

"De manera que si es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones en cuanto pronunciadas según la ley es lo que da certeza y seguridad y no meramente al quedar firmes por no recurrirse oportunamente" (Magistrado Ponente doctor Eduardo García Sarmiento, sentencia No. 448, Gaceta Judicial, Tomo CXCII, segundo semestre de 1988, págs. 243 y 244).

2o.- Que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, en las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial, prevalecia ésta que al tenor de lo dispuesto por el artículo 4o. del C.de P.C. debe guiar al juez en la interpretación de la ley procesal.

3o.- Que el hecho de haberse decretado la medida de suspensión provisional con fundamento en normas que se encuentran anuladas y, por tanto, fuera del ordenamiento jurídico, implica un desconocimiento del derecho sustancial consagrado en el acto administrativo cuya nulidad se solicita.

4o.- Que uno de los principios esenciales de la garantía constitucional del debido proceso es el de que las decisiones judiciales y quienes sean juzgados se ajusten y se rijan por las leyes preexistentes, en razón de la cual los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (artículos 29 y 230 de la Constitución Política).

En razón de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE :

1o.- Dejar sin efecto legal alguno los ordinales 2o., 3o., y 4o. del auto de 3 de julio de 1992 y, en su lugar, denegar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991,expedida por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en su calidad de tal y de representante del Fondo Aeronáutico Nacional.

2o.- Notifíquese personalmente esta providencia, junto con la de 3 de julio de 1992,al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a la señora Fiscal Primera de la Corporación y al apoderado de la sociedad demandante.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente*; Libardo Rodríguez Rodríguez , Yezid Rojas Serrano.*

CONTRAVENCION CAMBIARIA / RESPONSABILIDAD PRESUNTA-Inexistencia / **RESPONSABILIDAD PERSONAL/ DEBIDO PROCESO/ CULPA PERSONAL**

Si los representantes legales de una sociedad, quienes tienen atribuciones y facultades expresamente consagradas en la ley y en los estatutos sociales, a los cuales deben ceñirse en todas sus actuaciones, se apartan de ellas para hacer incurrir a tal persona jurídica en actuaciones fuera del marco de la legalidad dentro de la que deben moverse, resulta apenas natural y obvio que jurídicamente sea posible deducirles en su propia persona la responsabilidad que les quepa. La norma impugnada debe interpretarse en el sentido de que únicamente procederá predicar la responsabilidad de quien o quienes fueron representantes legales de la persona jurídica, en la medida en que, después de haberse cumplido con todas las ritualidades establecidas para el proceso administrativo cambiario, resulten responsables frente a la Administración por no haber logrado desvirtuar los cargos que se les formuló por su participación en la conducta ilícita en que incurrió la persona jurídica, y en su carácter de tales. La Sala concluye que de la norma acusada no puede deducirse que ella consagre presunción alguna de responsabilidad y que sólo será posible de ser aplicada en el evento en que después de cumplidas las formalidades del debido proceso se establezca la responsabilidad personal del representante legal de la sociedad en los hechos o actuaciones que dieron origen a la sanción impuesta a la persona jurídica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 168. Actor : Alejandro Venegas Franco

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 Alejandro Venegas Franco en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 2o. del Decreto 1480 de 1984, "por el cual se reglamenta el artículo 221 del Decreto ley 444 de 1967", expedido por el Gobierno Nacional, el cual lleva la firma del señor Presidente de la República y del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado.

El siguiente es el texto de la norma acusada, en la cual se subraya la expresión sobre la que recae la solicitud de declaratoria de nulidad (fl. 88 vto.):

"Artículo 2o. *Tratándose de persona jurídica, la conversión de la multa en arresto se hará efectiva en cabeza de quien o quienes ejercieron la representación legal en la época en que se cometió la infracción* y en las demás personas que resultaren responsables".

b.- Los hechos de la demanda.

Estos se relacionan exclusivamente con las facultades constitucionales de que hizo uso el Gobierno Nacional para expedir el Decreto 1480 de 1984.

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

El actor considera en su demanda que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 23 inciso 1o., 26 inciso 1o. y 28 inciso 1o. de la Constitución Política de 1886, pues consagrándose en ellos los principios del debido proceso y de intransmisibilidad de la responsabilidad penal, "... dicha responsabilidad sólo debe recaer sobre la persona a la cual se le pruebe, de acuerdo con las ritualidades procesales pertinentes, la comisión de un hecho ilícito".

"El acto impugnado consagra, por vía legal, una presunción de responsabilidad personal física de carácter punitivo, como consecuencia del incumplimiento de una sanción pecuniaria impuesta a una persona jurídica por la comisión de una infracción cambiaria, en cabeza de un miembro del ente colectivo -representante legal- cuando el hecho ilícito ha podido ser cometido por cualquier otro miembro del ente infractor, como puede ser el tesorero, el revisor fiscal, un mensajero, etc. Empero, lo anterior no obsta para que cuando se halle responsable de la conducta ilícita al representante legal, se haga merecedor a la sanción de arresto, pero jamás por vía de presunción. En tal sentido ya se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en el proceso No. 1136, de diecisiete (17) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), providencia en la que se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto 3541 de 1983 " (fl.2).

d.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 25 a 30) :

Contrariamente a lo que sostiene el actor, la norma demandada sólo consagra la imposición de una pena privativa de la libertad en la medida en que se deduzca la responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas por las conductas que se sancionan, y en las cuales incurrieron cuando obraron como tales en la época de la comisión de la infracción administrativa cambiaria. De esta manera no sólo se respeta el debido proceso, sino que se cumple con la exigencia de la culpabilidad a que se refiere el artículo 2o. del Código Penal, quedando así excluída cualquier forma de responsabilidad objetiva.

La norma demandada no desconoce el principio de la intransmisibilidad de la responsabilidad penal, "... no sólo porque esta medida se tomará cuando aparezcan como responsables aquellas personas que, para la época, violaron el Estatuto Cambiario, sino porque no estamos en presencia de responsabilidad de esta clase puesto que se trata de infracciones y sanciones de carácter puramente administrativo como lo ha manifestado reiterada jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como la (sic) Corte Suprema de Justicia".

e.- 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:

Como consecuencia de los sucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia y por haber desaparecido el expediente No. 4903 que contenía la demanda promovida por la parte actora ante la Sección Primera de esta Corporación en contra del Decreto acusado, y las actuaciones surtidas hasta esas fechas, el ciudadano demandante solicitó la correspondiente reconstrucción del expediente. Luego de diversas actuaciones previas, el Despacho del Consejero Ponente, mediante auto de 22 de julio de 1986 decretó la reconstrucción del expediente y dispuso tener como auténticas la demanda, los antecedentes administrativos del acto acusado, las pruebas aportadas por las partes, la contestación de la demanda y los autos de 26 de febrero y 24 de abril de 1985,admisorio de la demanda y confirmatorio de la denegación de la solicitud de suspensión provisional, respectivamente.

Dado que la parte actora, incumplió diversos requerimientos para allegar copia auténtica del acto acusado, por auto de 20 de febrero de 1992, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 37-1 del C.de P.C., se resolvió oficiar al Director de la Imprenta Nacional para que remitiese dicha copia (fls. 85 y 86).

Dentro del término para alegar de conclusión, ninguna de las partes hizo uso de ese derecho.

El Ministerio Público no rindió el concepto de que trata el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991.

II.- CONSIDERACION DE LA SALA

Como se desprende de las razones en las que el demandante se fundamenta para considerar que su acto acusado viola los incisos primero de los artículos 23, 26 y 28 de la Constitución Política de 1886 y de las razones de la defensa expresadas por la parte demandada, la controversia central de la presente litis consiste en determinar si el artículo 2o. del Decreto 1480 de 1984 consagra o no una presunción de responsabilidad en cabeza de quien o de quienes fueron los representantes legales de la persona jurídica en la época en que se cometió la infracción cambiaria.

Precisado ese aspecto, se tiene que por medio del Decreto contentivo de la norma acusada se reglamentó el artículo 221 del Decreto ley 444 de 1967, y para su expedición se invocaron las faculltades conferidas al Presidente de la República por los numerales 3o. y 22 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886.

La norma del Estatuto Cambiario objeto de reglamentación es del siguiente tenor:

"Artículo 221. Las cuantías de las multas a que se refiere el artículo anterior será hasta del 200 por ciento del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción.

" La persona o entidad que con anterioridad hubiere incurrido en multa impuesta por la Prefectura, será sancionada con el máximo valor de las mismas.

" Si la multa no fuere cubierta dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que la impone, o si contra ella no se ejercita el recurso de reposición dentro del mismo término, o dentro de los cinco días siguientes a la que resuelve la reposición, se convertirá en arresto a razón de un día por cada treinta pesos, pero el arresto no podrá exceder de dos años".

De la simple lectura de la norma transcrita se tiene que con la reglamentación que de ella se hace en la norma acusada se reguló en cabeza de quien se hará la conversión de multa en arresto, cuando de personas jurídicas se trata, situación esta obviamente no contemplada en la disposición reglamentada, por su naturaleza de norma marco, y que obedeció, según se desprende de los antecedentes administrativos, a la inexistencia de una reglamentación en esta materia, lo cual daba pie a que se crearan "... 'sociedades piratas' constituídas con capital social mínimo, con el único fin de violar impunemente el régimen cambiario" (fl.52).

Pues bien, la Sala considera, en primer término, que si los representantes legales de una sociedad, en la mayoría de las veces únicos administradores de la misma y quienes tienen atribuciones y facultades expresamente consagradas en la ley y en los estatutos sociales, a los cuales deben ceñirse en todas sus actuaciones, se apartan de ellas para hacer incurrir a tal persona jurídica en actuaciones fuera del marco de la legalidad dentro de la que deben moverse, resulta apenas natural y obvio que jurídicamente sea posible deducirles en su propia persona la responsabilidad que les quepa.

Siendo ello así, la Sala también considera que la norma impugnada no tiene la capacidad de incurrir en violación de las citadas disposiciones constitucionales, pues no solamente ella misma precisa, sino que debe interpretarse en el sentido de que únicamente procederá predicar la responsabilidad de quien o quienes fueron representantes legales de la persona jurídica, en la medida en que, después de haberse cumplido con todas las ritualidades establecidas para el proceso administrativo cambiario, resulten responsables frente a la Administración por no haber logrado desvirtuar los cargos que se les formuló por su participación en la conducta ilícita en que incurrió la persona jurídica, y en su carácter de tales. No de otra manera puede entenderse la norma acusada cuando afirma que la conversión de la

multa en arresto se hará efectiva en cabeza de quien o quienes ejercieron la representación legal y en las demás personas "*que resultaren responsables*", pues para la Sala es obvio que esta última expresión subrayada no sólo es predicable de "las demás personas" sino también de los citados representantes legales, *personalmente*.

Es por lo anterior que la Sala concluye que de la norma acusada no puede deducirse que ella consagre presunción alguna de responsabilidad y que sólo será posible de ser aplicada en el evento en que después de cumplidas las formalidades del debido proceso se establezca la responsabilidad *personal* del representante legal de la sociedad en los hechos o actuaciones que dieron origen a la sanción impuesta a la persona jurídica.

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.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- Con remisión de copia de esta sentencia, comuníquese la decisión al señor Ministro de Hacienda y Crédito público.

Tercero.- En firme este fallo y efectuada la comunicación que se ordena en el punto precedente, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yezid Rojas Serrano.*

PATENTE DE INVENCION/ DICTAMEN PERICIAL

La perito afirma que el proceso químico presentado es una descripción particular, corolario de un desarrollo experimental, que implica un punto óptimo para hacer posible la transformación de los reactivos en productos y que justifica el otorgamiento de la patente. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el dictamen pericial no fue objetado ni solicitada su aclaración considera la Sala que por fundamentaciones del mismo, presta mérito probatorio suficiente que permite acogerlo y en consecuencia concluir que se halla desvirtuado el argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a que la solicitud de patente carece de novedad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1156. Actor: Kumiai Chemical Industry Co. Ltd.

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 7931 de 9 de Noviembre de 1983, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 737 de 18 de Agosto de 1987 emanada del Ministerio de Desarrollo Económico.

La actora KUMIAI CHEMICAL INDUSTRY CO. LTD., a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, frente a las Resoluciones de la referencia, por medio de las cuales se denegó la concesión de la patente de invención consistente en PROCESO PARA PRODUCIR O- METILBENZANILIDA.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Considera el apoderado de la actora que con las Resoluciones acusadas se han quebrantado las siguientes normas, y , hace consistir el concepto de la violación así:

1. Que se violó el artículo 1o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto la solicitud No. 146.540 cumple con los requisitos de ley en cuanto a novedad y aplicación industrial, ya que la materia expuesta y reivindicada, no incluye la materia expresamente excluída de patentabilidad según los artículos 4o. y 5o. de la Decisión 85, además que el invento reivindicado en sus únicas reivindicaciones 1 a 4 está dentro de la condición que para su aceptabilidad la ley señala en el parágrafo numeral 2o. del artículo 538 del C. de Co., y puede afirmarse que dicho proceso que tiene propiedades características para combatir infestaciones que atacan las plantas, no era conocido antes de la fecha en que la solicitud fue presentada.

2. Que con los actos acusados se viola el artículo 2o. de la Decisión 85, ya que la solicitud de la patente reivindica un proceso cuyo contenido está dentro del alcance de la invención a condición de que la reacción se conduzca con los reactivos específicos, para producir el compuesto específico de las propiedades útiles o deseadas. Además que no se hace mención alguna en las Resoluciones impugnadas a la forma cómo el estado de la técnica afecta la novedad del invento, es decir, no señalan cómo el invento planteado en todas sus características, era conocido por el público antes del 17 de Julio de 1.974.

3. Que los actos acusados son violatorios del artículo 5o. literal c.) de la Decisión 85, por cuanto el fundamento de la negativa de la patente para el invento titulado PROCESO PARA PRODUCIR O- METILBENZANILIDA, no es cierto, ya que los procedimientos, cualquiera que sean, en momento alguno se encuentran excluídos de patentabilidad.

4. Que como consecuencia de lo anterior se violó el artículo 20 de la Decisión 85, toda vez que al no consignar los actos demandados las razones fácticas o de hecho que los sustentaran, desde el punto de vista científico y jurídico resultan erróneamente motivados, por no corresponder el invento a los eventos previstos en las normas legales invocadas.

5. Y, que, se violó el artículo 35 del Decreto 01 de 1984 por cuanto la decisión no fue motivada razonablemente, y en cuanto a la Resolución No. 737 de 18 de Agosto de 1987, no se tomaron en consideración los argumentos presentados en el escrito contentivo del recurso.

II. ACTUACION.-

Mediante providencia de 14 de Abril de 1989, se admitió la demanda.

La Nación- MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO- guardó silencio al corrérsele traslado del auto admisorio. No así la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando, entre otras razones, que la solicitud de patente no satisface los requisitos de patentabilidad exigidos en los artículos 1o., 2o., y 5o. literal C.) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, como lo plantea el concepto técnico de 10 de abril de 1981, por cuanto carece de novedad, ya que se trata de un proceso que no reviste características de las aminas frente a ácidos o sus derivados halogenados para obtener la correspondiente amida, y por lo demás, éste mecanismo de reacción es muy conocido en química orgánica como se puede comprobar en los textos de las obras sobre la materia.

III. LA DECISION.-

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

CONSIDERACIONES :

Según se deduce del contenido de la Resolución No. 07931 de 9 de Noviembre de 1983, confirmada por la Resolución No. 737 de 18 de Agosto de 1987, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la solicitud de patente debía denegarse por las siguientes circunstancias:

a. Porque el artículo 2o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena establece que una invención no se considerará como nueva, si está comprendida en el estado de la técnica, esto es si se ha hecho accesible al público en cualquier lugar, mediante una descripción oral o escrita o por el uso, explotación o cualquier otro medio suficiente para permitir su ejecución con anterioridad al día de la presentación de la solicitud de patente.

b. Porque el artículo 5o. literal c.) del mismo reglamento jurídico, consagra que no se otorgarán patentes para los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal.

c. Que el concepto negativo de la oficina de patentes señala que la invención pretendida carece de novedad por encontrarse en el estado de la técnica, es decir que no reúne los requisitos de patentabilidad que la ley exige para la concesión.

Ante la solicitud del apoderado de la actora, éste Despacho mediante proveído de 20 de Noviembre de 1989 decretó la prueba pericial, a fin de que los expertos respondieran el cuestionario sometido a su consideración.

En dicho experticio, el Perito Ramón Fayad señala: (fl. 114)

"La ecuación que representa la reacción química de síntesis orgánica que permite obtener la O-Metilbenzanilida es universal, realmente conocida y de dominio público, gracias a la tradición escrita que sobre ella existe. En esta ecuación aparecen explícitos los componentes iniciales y finales de la transformación, pero no la forma ni los detalles del proceso."

"El proceso mediante el cual se obtiene la O-Metilbanzanilida puede ser tan *particular* y específico como cada interesado lo desee, para satisfacer algunos objetivos relacionados con pureza, velocidad, economía y otros de optimalidad."

"El proceso presentado por Kumiai Chemical Industry Co. Ltd., es una explicación particular, consecuencia propia de un desarrollo experimental, que descubre algún articulado de la "caja negra" para hacer posible la transformación potencial de reactivos en productos.

El proceso presentado *amerita* el otorgamiento de la patente."

La perito Ruby Stella Salazar Duque, coincide en afirmar que el proceso químico presentado es una descripción particular, corolario de un desarrollo experimental, que implica un punto óptimo para hacer posible la transformación de los reactivos en productos y que justifica el otorgamiento de la patente (fls. 222 a 223.).

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el dictamen pericial no fue objetado ni solicitada su aclaración considera la Sala que por las fundamentaciones del mismo, presta mérito probatorio suficiente que permite acogerlo y en consecuencia concluir que se halla desvirtuado el argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a que la solicitud de patente carece de novedad.

En relación con el hecho de que el procedimiento a que alude la solicitud está incluído dentro de las causales de excepción de patentabilidad consagradas en el artículo 5o. literal C.) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo

de Cartagena, vigente cuando se expidieron los actos acusados, se observa lo siguiente:

1. En la solicitud inicial (fls. 16 a 41 cuaderno de antecedentes), la Superintendencia de Industria y Comercio le indica al peticionario que se aceptan las reivindicaciones 1 a 4 por referirse al proceso de obtención del producto u objeto de la invención, y le señala que en cuanto a las reivindicaciones 5 y 6 que se refieren a un producto germicida, que es un medicamento vegetal y como tal exceptuado de patentabilidad, debe desistir de las mismas. (fl. 42 vto. *ibídem*).

2. A folio 48 del cuaderno de antecedentes obra la providencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en que acepta el desistimiento de las reivindicaciones 5 y 6 y el nuevo capítulo constituído por las reivindicaciones 1 a 4.

3. El informe técnico que sirvió de fundamento a la negativa de concesión de la patente (fl. 60 vto.cuaderno de antecedentes), hace referencia a que el proceso contentivo del capítulo corregido, esto es, el relativo a las reivindicaciones 1 a 4, carece notablemente de novedad , y que las reivindicaciones No. 5 y 6 se refieren a germicidas o productos farmacéuticos de uso vegetal.

Teniendo en cuenta que, de una parte, el invento denominado "PROCESO PARA PRODUCIR O-METILBENZANILIDA", como ya se dijo, es novedoso, y es al que se refiere la solicitud en las reivindicaciones 1 a 4, y, de otra parte, las reivindicaciones 5 y 6 no podían ser objeto de análisis en el informe técnico NP 499 de 19 de Julio de 1983, por sustracción de materia, toda vez que fueron expresamente desistidas, forzosamente hay que concluir que deben prosperar las pretensiones de la demanda, por cuanto el argumento de excepción de patentabilidad, no es aplicable para el proceso objeto de la invención.

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 :

DECLARESE la nulidad de las Resoluciones Nos. 7931 de 9 de Noviembre de 1983, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 737 de 18 de Agosto de 1987, emanada del Ministerio de Desarrollo Económico.

Como consecuencia de lo anterior, ORDENASE a la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial, proceder al

otorgamiento de la patente de invención "PROCESO PARA PRODUCIR O-METILBENZANILIDA", a que hace referencia la solicitud corregida para las reinvindicaciones 1 a 4, de que trata el expediente 146.540.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Señor Superintendente de Industria y Comercio y archívese,

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALORIA MUNICIPAL -Creación/**PRESUPUESTO MUNICIPAL**

Cuando el artículo 305 del C. de R.M. emplea la expresión "cuyo presupuesto anual 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", se entiende claramente que el presupuesto que sirve de base para la creación de las contralorías municipales es el vigente al momento de expedición del Acuerdo que las crea y no el que va a regir cuando empiecen a funcionar. CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo No. 019 de 28 de noviembre de 1987 expedido por el Concejo Municipal de Málaga (Santander).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1662. Recurso de apelación contra la sentencia de 29 de Noviembre de 1990, del Tribunal Administrativo de Santander. Actor: Gerardo Vargas Rincón.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del Municipio de Málaga (Santander) contra la sentecia de 29 de Noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander,

que declaró la nulidad del Acuerdo número 019 de 28 de Noviembre de 1987, expedido por el Concejo del referido municipio.

I.- ANTECEDENTES.

I. 1.- El ciudadano y abogado Gerardo Vargas Rincón, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, para que mediante sentencia se declarará la nulidad del Acuerdo número 019 de 28 de Noviembre de 1987 "POR EL CUAL SE CREA LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE MALAGA SANTANDER", expedido por el Concejo Municipal de la misma ciudad.

Como fundamentos de derechos de sus pretensiones adujo la violación de los artículos 50 de la Ley 11 de 1986, 7°. de la Ley 5a. de 1918 y 305 del Decreto 1333 de 1986.

I. 2.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

I. 3.- La primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 29 de Noviembre de 1990, que declaró la nulidad del acto acusado, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte demandada.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para acceder a la nulidad deprecada, el Tribunal Administrativo de Santander, razonó, en esencia, así:

De las normas citadas en la demanda sólo se confronta el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, en razón a que es el único que está vigente, pues codificó y desarrolló en forma idéntica el artículo 50 de la Ley 11 de 1986; y el artículo 7°. de la Ley 5a. de 1918 es concordante con el 265 del mismo Decreto (C.R.P.M.).

Dice la disposición citada que "Los Concejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo), sin incluír 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 porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística..."

Para la expedición del Acuerdo acusado, el Concejo Municipal de Málaga, tomó como base los recursos ordinarios para 1988 que representaban

$61.910.000,oo moneda corriente, procedimiento equivocado porque debió tener en cuenta el total del presupuesto y restarle los recursos del crédito y las transferencias, así: $130.930.782.oo menos $53.682.582.oo, para un total de $77.248.200,oo, cantidad suficiente para crear la Contraloría durante el año de 1988.

Empero, analizando el texto del precepto debe entenderse que el presupuesto exigido es el vigente al momento de la creación de la Contraloría, y no el Proyecto de Presupuesto para el año siguiente, que en el presente caso fue aprobado el 8 de Enero de 1988.

Por consiguiente, la base del presupuesto para el año de 1987 era de $41.073.000,oo, suma inferior a $60.475.000,oo, que era el mínimo legal resultante de restar del total de las apropiaciones de las rentas municipales $74.638.443.oo el valor de $33.565.443,oo correspondiente a participaciones o transferencias.

La nulidad proveniente del hecho que como el presupuesto para la vigencia de 1988 sí alcanzaba para crear la Contraloría no se puede sanear, conforme lo afirma la Fiscalía, pues es al momento de la creación cuando se deben llenar los requisitos de ley y no en el futuro cuando inicie su funcionamiento.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El señor apoderado del Municipio demandado, manifestó como motivos de disentimiento con la sentencia recurrida, los siguientes:

De acuerdo con la Ley 11, codificada en el Decreto 1333 de 1986, el presupuesto de los Municipios para la creación de las Contralorías no se fundamenta en las ventas ordinarias, pues así lo hubiera dicho la ley, sino en el presupuesto, entre cuyas secciones se encuentran los ingresos que lo componen las ventas de cualquier naturaleza.

El acuerdo que creó la Contraloría Municipal de Málaga se expidió el 28 Noviembre de 1987, pero también es verdad que para esa época se estaba elaborando el presupuesto para la vigencia de 1988, época para la cual entraba a ejercer sus funciones la Contraloría de Málaga. Es decir, que ésta sólo empezó a funcionar bajo la vigencia del presupuesto de 1988.

IV.- CONCEPTO FISCAL.

La señora Fiscal Primera de la Corporación en su vista de fondo considera que debe revocarse el fallo apelado, con fundamento en las siguientes razones:

En virtud de los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto Ley 1333 de 1986 los Concejos Municipales están autorizados para crear y

organizar Contralorías Municipales cuando el respectivo presupuesto municipal sea superior a cincuenta millones de pesos, valor que se reajustará anual y acumulativamente en el porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor elaborado por el Departamento Nacional de Estadística.

El Concejo Municipal de Málaga mediante el Acuerdo número 019 de 28 de Noviembre de 1987, motivado en el presupuesto municipal calculado para el año de 1988, dispuso la creación de la Contraloría Municipal, a partir del 1° de Enero de 1988.

Si bien es cierto, el Acuerdo acusado fue expedido en Noviembre de 1987, también lo es, que la creación del ente fiscalizador fue prevista para iniciar operaciones a partir de enero del año siguiente y como el presupuesto municipal para 1988 sí superaba el límite legal indicado en las normas legales mal puede concluirse que hubo quebranto de ellas.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Las censuras que formula el recurrente serán analizadas en el mismo orden en que han sido planteadas.

Respecto de la primera censura, que se hace consistir en que de acuerdo con el Decreto - Ley 1333 de 1986 el presupuesto de los municipios para la creación de las contralorías no se fundamenta en las ventas ordinarias -rentas, interpreta la Sala-, pues así lo hubiera dicho la Ley, sino en el presupuesto entre cuyas secciones se encuentran los ingresos que lo componen las ventas -rentas, como ya se dijo- de cualquier naturaleza, no le asiste razón al recurrente dado que por parte alguna encuentra la Sala en el contenido de la decisión del Tribunal a-quo el aserto traído por el recurrente como fundamento de su cargo. A este respecto cabe advertir que en la sentencia se tuvo como equivocado el procedimiento adoptado por el Concejo de Málaga (Santander) de tomar como base, para la expedición del acto acusado, sólo los recursos ordinarios y no la totalidad del presupuesto, descontados los recursos del crédito y las transferencias, tal y como lo prescribe el artículo 305 del citado Decreto-Ley .

La segunda censura se contrae a que si bien es cierto que el Acuerdo que creó la Contraloría Municipal de Málaga, se expidió el 28 de Noviembre de 1987, también lo es que para dicha época ya se estaba elaborando el presupuesto para la vigencia de 1988, año en el cual la mencionada Contraloría debía ejercer sus funciones, con lo cual se da a entender que es el presupuesto de este ultimo año el que ha debido tenerse en cuenta como fundamento del acto acusado.

Esta censura está desprovista de fundamento dado que el Tribunal *a quo* interpretó correctamente la preceptiva del artículo 305 del Código de Régimen Municipal.

En efecto, cuando dicho artículo emplea la expresión "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", se entiende claramente que el presupuesto que sirve de base para la creación de las Contralorías Municipales es el vigente al momento de expedición del Acuerdo que las crea y no el que va a regir cuando empiecen a funcionar.

En el caso sub-judice el presupuesto que ha debido tener en cuenta el en Concejo Municipal de Málaga era el vigente en la fecha de expedición del Acuerdo número 019 de 28 de Noviembre de 1987, es decir, el correspondiente a ese año (Acuerdo número 017 de 10 de Diciembre de 1986), presupuesto éste cuyo valor era de $74.638.443,oo, que al descontarle las transferencias -no contemplaba recursos del crédito- de $33.565.443,oo arrojaba un total de $41.073.000,oo, suma ésta inferior a la consagrada en el artículo 305 del C.R.M., y que impedía, por lo tanto, la creación de la Contraloría en el citado Municipio.

Ante el no cumplimento de esa exigencia legal por el Acuerdo acusado se imponía la declaratoria de su nulidad, como en efecto lo hizo el juzgador de primer grado en la sentencia recurrida.

El análisis precedente permite concluir que la sentencia apelada estuvo ajustada a derecho y debe ser por lo tanto confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Concejo 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 de 29 de Noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MUNICIPIO-Límites

La Sala considera que la apreciación del apelante, en el sentido que el Tribunal de origen debió haber decretado y practicado una inspección judicial para establecer si por el acto demandado se variaron o no los límites territoriales del municipio, ni tiene, por sí sola, la virtualidad de poner en duda que la decisión adoptada en la sentencia recurrida lo fue conforme a derecho, no sólo porque dicha prueba no fue siquiera solicitada en el curso de la primera instancia sino por cuanto su solicitud no sería de recibo ni procedente su decreto, en la instancia que se está surtiendo. En consecuencia, para la Sala no existe motivo de duda en el sentido de que la Ordenanza acusada sí modificó los límites o términos del municipio. CONFIRMA LA NULIDAD de la Ordenanza No. 025 de 30 de noviembre de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Cesar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1795. Actor: Carlos Rodolfo Ortega Montero.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, de fecha 19 de junio de 1991.

I.- ANTECEDENTES

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

El ciudadano Carlos Rodolfo Ortega Montero, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Cesar la nulidad de la Ordenanza No 025 de 30 de noviembre de 1987, expedida por la Asamblea de ese Departamento.

b.- El acto acusado.

Lo es la Ordenanza citada, "por medio de la cual se precisan y ratifica (sic) los límites de un municipio del Departamento del Cesar" (fl.5).

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl. 13):

1.- La Asamblea Departamental del Cesar, haciendo uso de facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el Ordinal 4o., artículo 187 de la Constitución Política de 1886 y la Ley 14 de 1969, expidió la Ordenanza No.015 de 16 de noviembre de 1983 por medio de la cual creó el Municipio de San Martín.

2.- Por Ordenanza No.025 de 30 de noviembre de 1987, la misma Asamblea Departamental, con fundamento en las facultades constitucionales ya mencionadas (art. 187, C.N.) y en las conferidas por el Decreto Ley 1222 de 1986, "precisa y ratifica los límites de un municipio del Departamento del Cesar..." (en realidad se trata de varios municipios), sin tener en cuenta los límites fijados con anterioridad por la Ordenanza que creó el municipio de San Martín (No. 015 de 1983) y sin el lleno de los requisitos previos que exige la ley para agregar o segregar términos municipales y fijar límites entre los distritos.

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

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 92 y 187 numeral 4o. de la Carta Política de 1886 por cuanto el acto acusado "...no corresponde a su contenido porque éste no da claridad a los límites anteriores como con equivocación se deduce el título postizo..." y

porque no cumplió, para su expedición, con los requisitos exigidos para tal evento (fl.14).

Además, al señalar el artículo 27 del Decreto 1333 de 1986 "los requisitos que es preciso reunir para agregar o segregar términos municipales", también se violó tal norma por cuanto para la expedición del acto acusado no se llenaron las condiciones pertinentes.

e.- Las razones de la defensa.

A pesar de haberse notificado el auto admisorio de la demanda al Gobernador del Departamento del Cesar (fl.32) no contestó la demanda ni presentó alegato de conclusión.

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 proveído de 9 de noviembre de 1990 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada en la misma (fl. 15).

Por auto de 6 de febrero de 1991 se ordenó tener como pruebas todos los documentos allegados a la demanda, y se reconoció como parte impugnadora al ciudadano Raúl Gutiérrez Gómez (fl.67).

El Agente del Ministerio Público ante el tribunal de primera instancia rindió su concepto No. 020,visible a folios 72 a 74.

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 (fls. 78 a 82):

Del análisis de las Ordenanzas Nos. 015 de 1983 y 025 de 1987 se concluye que la segunda modificó los límites que la primera había determinado entre los municipios de San Martín, Aguachica y Río de Oro. En consecuencia, la controversia consiste en establecer si se observaron o no las exigencias contenidas en el artículo 27 del Código de Régimen Municipal para agregar o segregar términos municipales y fijar límites entre los distritos.

Luego del estudio del artículo 187-4 de la Constitución Política de 1886 y de la citada norma del Código del Régimen Municipal, frente al acervo probatorio allegado al proceso, el Tribunal concluye que para la expedición

de la ordenanza demandada no se cumplieron los requisitos referentes a la petición que debían presentar los concejos municipales de los municipios afectados, al estudio de los límites por un ingeniero catastral, al informe del Gobernador al respecto y al estudio acerca de las condiciones de renta y población en que se quedaría San Martín una vez aprobada la ordenanza, por lo cual procede a declarar su nulidad.

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el impugnante fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 87 y 88):

La sentencia recurrida considera que el Municipio de San Martín fue "segregado y desmembrado en su territorio en beneficio de los entes territoriales de Río de Oro y Aguachica,..." fundándose en la respuesta dada por el Director Seccional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi del Cesar, dándosele por lo tanto la categoría de documento público a tal comunicación.

Insiste el recurrente que con la Ordenanza No.025, acusada, no se segregaron términos municipales, sino que se ratificaron los límites ya establecidos y fijados por la Ordenanza 015. Además considera que "...si se pretendió demostrar esa supuesta segregación la prueba pertinente e idónea no una era simple certificación expedida por un funcionario del Instituto Agustín Codazzi, era menester decretar y practicar una diligencia de inspección judicial acompañada de peritos, para que éstos, previo cotejo o comparación de la Ordenanza 015 y 025 y sobre el terreno, dictaminarán si hubo, o no, variación en los límites inicialmente fijados", por cuanto "no es posible sobre planos o calcos dictaminar sobre una materia tan importante como es la variación territorial".

Por último, manifiesta el impugnador que no se tuvo en cuenta, siendo de vital importancia dentro del proceso, el aspecto referente a la jurisdicción sobre los terrenos supuestamente segregados por la Ordenanza No.025, "...si eso se hubiese llevado a cabo -mediante una Inspección Judicial obviamente para constatar en los presupuestados de los respectivos municipios la existencia de los cargos de Inspectores o Corregidores de Policía, la conclusión y el fallo habría sido muy distinto" (sic).

IV.- IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora no intervino durante el trámite de la segunda instancia para oponerse al recurso interpuesto.

V.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la Fiscal Primera de la Corporación considera que de conformidad con los artículos 187-4 de la Constitución Nacional de 1886 y 60-4 del decreto 1222 de 1986, corresponde a las Asambleas, a través de ordenanzas, crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos, pero ello con el previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, en este caso por el artículo 27 del decreto 1333 de 1986.

Confrontando, al igual que el Tribunal, las dos Ordenanzas (015 y 025) "se advierte una descripción diferente de los límites entre los municipios de San Martín, Aguachica y Río de Oro", de donde se deduce en contra de lo afirmado por el apelante que sí hubo modificación en los límites entre los municipios.

Por último, la Fiscalía considera que frente a los hechos demostrados y a las normas invocadas es forzoso concluir que la decisión del Tribunal se ajustó a derecho y procede por tanto su confirmación.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La única razón de inconformidad del apelante frente a la sentencia de primera instancia consiste en que el Tribunal del Cesar dio por demostrada la violación, por parte del acto acusado, de las normas invocadas por la parte actora en su demanda con base en la certificación expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuando, por el contrario, lo procedente era haber decretado y practicado una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos para determinar si mediante la Ordenanza No. 025 de 30 de noviembre de 1987 se variaron o no los límites del Municipio de San Martín. En consecuencia, al análisis y definición de dicha inconformidad la Sala limitará las consideraciones de este fallo.

Centrada y delimitada como se encuentra la razón de ser del recurso interpuesto, la Sala considera indispensable realizar el examen de la certificación expedida por el Director Seccional del Cesar, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a la luz de las disposiciones legales que definen y precisan los alcances probatorios de este tipo de documento.

En este sentido se tiene, en primer término, que el mencionado Instituto fue creado por Decreto 290 de 1957 como organismo autónomo descentralizado, y organizado por Decreto 622 de 1958 con el carácter de establecimiento público del orden nacional, lo cual permite definirlo, en términos generales, como una entidad pública.

En segundo lugar, y de conformidad con el inciso tercero del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, son documentos públicos los otorgados

por funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos o con su intervención, los cuales, en cuanto a su alcance probatorio "...hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza" (artículo 264 *ibídem*).

De lo anterior se tiene que el Oficio No. 7.4.710644 de fecha octubre 9 de 1990, suscrito por el Director, Seccional del Cesar, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el cual se señala que mediante el acto acusado se segregaron del Municipio de San Martín, creado por Ordenanza No. 015 de 1983, un total de 45.000 hectáreas, constituye un documento público y como tal tiene pleno valor probatorio, más aún si se tiene en cuenta que las declaraciones en él contenidas no fueron cuestionadas por la parte demandada ni por el impugnador de la demanda y que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi es la entidad pública especializada en asuntos tales como el que es objeto de esta controversia.

Siendo ello así, la Sala considera que la apreciación del apelante, en el sentido que el Tribunal de origen debió haber decretado y practicado una inspección judicial para establecer si por el acto demandado se variaron o no los límites territoriales del Municipio de San Martín, no tiene, por sí sola, la virtualidad de poner en duda que la decisión adoptada en la sentencia recurrida lo fue conforme a derecho, no sólo porque dicha prueba no fue siquiera solicitada en el curso de la primera instancia sino por cuanto su solicitud no sería de recibo ni procedente su decreto, en la instancia que se está surtiendo. En consecuencia, para la Sala no existe motivo de duda en el sentido de que la Ordenanza acusada sí modificó los límites o términos del Municipio de San Martín y otros más.

Establecido lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, si se tiene en cuenta, además, que el *a-quo* sustenta probatoriamente sus consideraciones en el sentido de que para dicha modificación de los límites municipales no se cumplieron a cabalidad las condiciones exigidas por el artículo 27 del Código de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 187-4 de la Constitución de 1886, sin que estas irregularidades hayan sido discutidas por el recurrente.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto de la señora Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 19 de junio de 1991, mediante la

cual se declaró la nulidad de la Ordenanza No. 025 de 30 de noviembre de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Cesar.

Segundo.- 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 dieciséis de julio de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE SALUD/TARIFA

Si el régimen tarifario, como norma administrativa que es, por expreso mandato legal sólo es obligatorio para las entidades del subsector oficial, al señalar los actos acusados el ámbito de aplicación del régimen de organización y funciones para la fijación y control de tarifas, indistintamente para las entidades que conforman el sistema de salud, están vulnerando las prescripciones del artículo 4o. de la Ley 10 de 1990 en armonía con lo dispuesto en el artículo 8o. ibídem para los efectos de obligatoriedad de dichas normas administrativas en relación con el subsector privado, normas éstas que son de carácter general, que no establecen restricciones expresas y regulan la organización y administración del servicio público de salud, comprendiendo en él todos los subsectores. DECLARA LA NULIDAD del artículo 1o., numeral 2o., literal a) del Decreto 1759 de 2 de agosto de 1990, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1915. Acción de nulidad contra los artículos 1o. numeral 2o. literal a.) y 3o. numeral 3o. del Decreto 1759 de 2 de Agosto de 1990, expedido por el Presidente de la República. Actor: Asociación Colombiana de Hospitales.

La ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de la referencia, en cuanto disponen:

Artículo 1o. numeral 2o. literal a.) del Decreto 1759 de 1.990.

"Para el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito.".

Artículo 3o. numeral 3o. *ibídem*:

"Fijar las tarifas y establecer las normas y procedimientos para el reconocimiento y pago, por parte de las Compañías de seguros a las instituciones, por los servicios de salud que presten a los usuarios amparados por el seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito."

I. DISPOSICIONES VIOLADAS.-

Cita el apoderado de la actora, como quebrantados con los actos acusados, los artículos 1o., 4o. y 8o. de la Ley 10 de 1.990; 32 de la Constitución Nacional de 1.886; 333, 334 y 365 de la Constitución Política de 1991.

Fundamenta el concepto de la violación así:

1. La Ley 10 de 1990 autoriza la intervención del Estado en el servicio público de salud, con el fin de expedir un régimen de organización y funciones para la fijación y control de tarifas, del servicio público de la salud que está a cargo de la Nación, en consecuencia obligatorio para el subsector oficial de la salud y que podrá ser convencionalmente adoptado por las entidades privadas, pues expresamente en el parágrafo del artículo 4o. deja a salvo la autonomía de las personas privadas, y, las normas acusadas, violan flagrantemente los artículos 1o., 4o. y 8o. de la citada ley al no haber excluido expresamente del ámbito del subsector oficial, al subsector privado, como sí lo hizo el Decreto en el numeral 1o. del artículo 1o.

2. Se vulnera el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1886 por cuanto el Decreto 1759 de 1990, desbordó los límites del mandato legal, como se demostró en el literal a.).

3. Se vulneraron los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución de 1991, por cuanto los textos acusados determinan la remuneración y tarifas que deben recibir las personas privadas por la prestación de sus servicios en casos de daños corporales ocasionados en accidentes de tránsito cubiertos por el seguro obligatorio, sin consideración a las modalidades y calidad del servicio,

ya que no es lo mismo auxiliar a una persona en una ciudad que en zonas rurales, en las cuales la infraestructura y especialización de servicios médicos son inferiores, además que es la ley la que debe determinar el alcance de la libertad económica, pero no de manera arbitraria sino atendiendo el bien común, interés social, ambiente y patrimonio cultural de la Nación, y, la Ley 10 de 1990 no limita la libertad económica de los particulares en la prestación del servicio de salud.

4. Que no es igual ni equitativo que se pague el mismo valor por la atención recibida en una entidad oficial, cuyos recursos provienen del tesoro público, que en un hospital particular creado con recursos privados de proporciones muy inferiores, por lo que con los actos acusados se vulneró el régimen jurídico del servicio público de salud, desbordando la ley y los derechos constitucionales.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 13 de Febrero de 1992, se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los actos acusados, por no haberse excluído expresamente en la norma reglamentaria a las instituciones privadas que prestan el servicio público de salud, e igualmente no distinguir entre entidades del subsector oficial y privado de salud, para efectos de la obligatoriedad de las tarifas para el sector salud.

Del auto admisorio de la demanda se ordenó correr traslado a los señores Ministros de Gobieno, Hacienda y Crédito Público, Trabajo y Seguridad Social y de Salud, así como al Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

La Nación- Ministerio de Salud, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que los actos acusados fueron proferidos con fundamento en los artículos 32 de la Constitución Nacional de 1886 y 1o. literales g.) y k.) de la Ley 10 de 1990, con el lleno de los requisitos legales, toda vez que la salud es una función social que está en cabeza del Estado, a quien le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control, por lo que a través del Ministerio de Salud se ejercen tal vigilancia y control, y resultaría temerario dejar en manos de los particulares el manejo de las pautas tarifarias, permitiendo que la salud se convierta en una actividad mercantil.

El ciudadano JORGE VELEZ GARCIA, en su propio nombre y como apoderado de la UNION DE ASEGURADORES COLOMBIANOS FASECOLDA, intervino en el proceso como parte impugnadora, interponiendo recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión

provisional, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y aduciendo al efecto que, la Ley 10 de 1990, expedida en el desarrollo del artículo 32 de la anterior Constitución, tiene como aspecto fundamental y relevante el servicio público de salud en todos sus niveles, luego si la prestación de tal servicio se realiza en Colombia no sólo por el Estado sino por múltiples entidades privadas, ello quiere decir que tanto las entidades públicas que prestan el servicio de salud, como las privadas, forman parte integrante del servicio público de la Salud que abarca la prestación de los servicios de salud, sea cual fuere la persona pública o privada que efectúe esa prestación. Que además el sector salud está integrado por el subsector público y privado, y, que los literales g.) y k.) del artículo 1o., y los artículos 4o. 8o. 23 y 48 de la Ley 10 de 1990 son dos fuentes de legitimación para la regulación de tarifas, cada una con naturaleza y alcance diferentes.

III. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

No admite discusión el hecho de que la salud es un servicio público a cargo de la Nación, el cual puede ser administrado en asocio de personas privadas autorizadas para el efecto. Así se infiere de lo consagrado en los artículos 1o. y 2o. de la Ley 10 de 1990.

Asiste razón a la parte impugnadora cuando afirma que el sector salud está integrado por el subsector oficial y el subsector privado. Así lo establece el artículo 5o. de la Ley 10 de 1990.

Sin embargo, el artículo 4o. *ibídem* señala:

"Las normas administrativas del sistema de salud, serán solamente obligatorias para las entidades del subsector oficial de salud, pero podrán ser convencionalmente adoptadas por las entidades privadas, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 23 de esta ley..."

El parágrafo del citado artículo 4o. prescribe:

"...Así mismo, las fundaciones o instituciones de utilidad común, las asociaciones o corporaciones sin ánimo de lucro y, en general, las personas privadas naturales o jurídicas que presten servicios de salud, seguirán rigiéndose plenamente por las normas propias que le son aplicables.".

Además, el artículo 8o. de la Ley 10 de 1990 estatuye:

"La Dirección Nacional del sistema de salud estará a cargo del Ministerio de Salud, al cual, por consiguiente, le corresponde formular las políticas y dictar todas las normas científico-administrativas, de obligatorio cumplimiento por las entidades que integran el sistema DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 4o. ..." (Se resalta fuera de texto.)

Y, en el parágrafo del citado artículo 8o. se establece:

"Para los efectos de este artículo, se entiende por...

b) Normas administrativas: las relativas a asignación y gestión de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros con base en las normas técnicas y administrativas se regularán regímenes tales como información, planeación, presupuestación, personal, inversiones, desarrollo tecnológico, suministros, financiación, tarifas, contabilidad de costos, control de gestión, participación de la comunidad y referencia y contrarreferencia.".

Luego, si el régimen tarifario, como norma administrativa que es, por expreso mandato legal sólo es obligatorio para las entidades del subsector oficial, al señalar los actos acusados el ámbito de aplicación del Régimen de Organización y Funciones para la Fijación y Control de Tarifas, indistintamente para las entidades que conforman el sistema de salud, están vulnerando las prescripciones del artículo 4o. de la Ley 10 de 1.990 en armonía con lo dispuesto en el artículo 8o. ibídem, para los efectos de obligatoriedad de dichas normas administrativas el relación con el subsector privado, normas estas que como quedó consignado al confirmar el decreto de suspensión provisional, son de carácter general, que no establecen restricciones expresas y regulan la organización y administración del servicio público de salud, comprendiendo en él todos los subsectores.

Las anteriores razones que, mutatis mutandi, son las mismas señaladas en los proveídos de 13 de Febrero y 10 de Abril del presente año, mediante los cuales se suspendieron en sus efectos los actos acusados, conservan plena virtualidad y sirven de sustento para acceder a las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DECLARASE la nulidad del artículo 1o., numeral 2o., literal a.) del Decreto 1759 de 2 de Agosto de 1990, expedido por el Presidente de la República, en la parte que dispone: "Para el seguro de daños corporales

causados a las personas en accidentes de tránsito" y numeral 3o. del artículo 3o. *ibídem*, en cuanto en dichas normas se comprende, por no haberse excluído expresamente, a las entidades o instituciones privadas que prestan el servicio público de salud.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO DE APELACION-Sustentación

En materia contencioso administrativa el recurso de apelación que se interponga contra los autos y sentencias -salvo el que decide la suspensión provisional- en todos los procesos -exceptuado el electoral- debe ser sustentado, so pena de que se declare desierto y ejecutoriado el auto o sentencia objeto de él. Tal exigencia implica, que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad-quem para decidir el recurso.

DECLARA LA NULIDAD del Acuerdo No. 009 de 20 de febrero de 1989 "Por medio del cual se fija la tarifa definitiva de conexión para los abonados de las nuevas líneas telefónicas, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Caquetá.

ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia/PUBLICACION

El requisito de publicación respecto de los actos administrativos de carácter general, atiende a la eficacia, es decir, a que produzca efectos jurídicos y sea obligatorio para los particulares. La carencia de dicho requisito no puede dar lugar a su declaratoria de nulidad, pues ésta debe cimentarse en aspectos intrínsecos al acto, relativos a su validez; sin embargo, excepcionalmente se puede anular el acto en lo referente a su publicación, cuando él al señalar su vigencia desconoce los mandatos legales que gobiernen su eficacia u obligatoriedad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1951. Recurso de apelación contra la sentencia de 29 de Enero de 1992, del Tribunal Administrativo del Caquetá. Actor: Oscar Conde Ortiz.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 29 de Enero del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo de Caquetá, que accedió a las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1- El ciudadano y abogado OSCAR CONDE ORTIZ, 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 del Caquetá, tendiente a obtener la nulidad del Acuerdo número 009 de 20 de Febrero de 1989 "Por medio del cual se fija la tarifa definitiva de conexión para los abonados de las nuevas líneas telefónicas", expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos del Caquetá.

I.2.- Como normas violadas se señalaron los artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886; 47 de la Ley 9a de 1989; 3o de la Ley 58 de 1982; 285 y 334 incisos 1o y 2o del C.R.M.; 2o, 3o, 5o, 12, 14, 17, 35, 43, y 46 del Decreto 01 de 1984; 5o literal f de la Ley 57 de 1985; Y 1o, 14, 28, 44, 46 y 49 de la Resolución 041 de 24 de Marzo de 1988 de la Junta Nacional de Tarifas.

I.3.- La demanda fue admitida mediante auto de 25 de abril de 1991, en el cual se decretó la suspensión provisional del Acuerdo demandado.

I.4.- En el curso del proceso intervino la parte demandada: la Empresa de Teléfonos del Caquetá y el tercero impugnante: el ciudadano y abogado JOSE GIL CRUZ BECERRA.

I.5.- Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 29 de Enero de 1992, que fue oportunamente apelada por el señor apoderado de la parte demandada.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones del libelo, el Tribunal Administrativo del Caquetá razonó, en esencia, así:

II.1.- Sobre las excepciones propuestas por la parte demandada:

1o): La de inepta demanda, que se hizo consistir en que no se satisfizo el requisito del artículo 141 del C.C.A., puesto que el demandante invocó como violada una norma que no tiene alcance nacional: La Resolución 041 de 24 de Marzo de 1948, sin aportar su texto legal y sin solicitar al ponente allegar la misma al proceso. Si bien es cierto que tanto en el acápite de las normas violadas como en el del concepto de la violación el actor indicó como quebrantada la mencionada Resolución -que es norma de alcance no nacional-, también lo es que además de ella se invocó la violación de las Leyes 9a de 1989 y 57 de 1985, por lo cual no prospera la excepción propuesta.

2o): La de equivocación en la acción incoada, consistente en que cuando el acto administrativo no se publica su efecto es que no obliga al administrado, pero cuando a pesar de no haberse publicado el administrado lo cumple, se está frente a una operación administrativa y por consiguiente la acción a impetrarse no es la traída por el actor sino la consagrada en el artículo 86 del C.C.A. Esta excepción no es de recibo puesto que no hay sustentación jurídica alguna, se trata simplemente de un comentario, carente además, de pruebas que lo acrediten. Así mismo, según el artículo 164 del C.C.A. en el proceso administrativo proceden las excepciones de fondo y no las previas, pues éstas fueron derogadas por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989.

II.2.- Sobre las excepciones propuestas por el tercero impugnante:

1o): Que se opera el fenómeno de la proposición jurídica incompleta, por cuanto la parte actora no demandó lo resuelto por la Junta Directiva de la Empresa sobre las tarifas del Acuerdo 009 contenidas en el Acta 007 de 20 de Febrero de 1987. Por tal razón, el Tribunal debe inhibirse para conocer el fondo de la litis.

Lo anterior no es de recibo por cuanto existe unidad jurídica entre el Acta 007 de 20 de Febrero de 1989 y el acto impugnado, pues ambos fueron firmados por el Presidente de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos y su Secretario y bastaba a la parte actora demandar el último, como bien lo hizo.

2o): Que al no haberse hecho las publicaciones de ley al Acuerdo 009 de 1989, no se puede considerar, como acto administrativo, careciendo así de valor, y que lo que ha debido demandarse es un hecho u operación administrativa para que fuera acogida por el Tribunal la acción respectiva.

Que el Tribunal ha debido inhibirse para un pronunciamiento de fondo al no tenerse como un acto administrativo el Acuerdo número 009 de 1989.

Esta argumentación del tercero impugnante tampoco es de recibo por cuanto se está remitiendo a la excepción propuesta por la demandada de "equivocación en la acción incoada", ya dilucidada anteriormente.

II.3.- Sobre el fondo de la litis:

1o): Violación de los artículos 14, 44 y 46 de la Resolución No. 041 de 24 de marzo de 1991, emanada de la Junta Nacional de Tarifas y Servicios Públicos.

De la simple lectura de la Resolución invocada como violada se observa que se trata de una norma que no tiene alcance nacional sino regional, pues está dirigida expresamente a regular el comportamiento de la Empresa de Teléfonos del Caquetá en cuanto hace relación a la prestación del servicio público telefónico, lo cual implica que si el actor no aporta el texto de la norma debidamente autenticado, carece de valor probatorio, según la preceptiva del artículo 141 del C.C.A. En consecuencia, se desecha como quebrantada la norma antes citada.

2o): Violación del artículo 47 de la Ley 9a de 11 de Enero de 1989, por cuanto con la expedición del acto acusado no se tuvo en cuenta su preceptiva.

Ciertamente, la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos del Caquetá al proferir el acto demandado pretermitió lo reglado por el artículo 47 de la Ley 9a de 11 de Enero de 1989, que es claro en disponer que primero se debe realizar la instalación del servicio público y después cobrar el derecho de conexión mediante cuotas que consulten la capacidad económica del usuario. Ello no sucedió en el evento *sub-exámine*, pues dicha Ley en su artículo 128 reza: "La presente ley, regirá a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial y deroga todas las normas que le sean contrarias". Como la Ley fue publicada en el Diario Oficial número 38650 del 11 de Enero de 1992 y el Acuerdo fue expedido el 20 de Febrero de 1989, siendo la Ley anterior a él, con ello se demuestra la flagrante violación a la norma superior invocada.

3o): Violación del artículo 5o literal f de la Ley 57 de 1985. Este precepto, que ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales, dice: "En cada uno de los Departamentos se editará un boletín o gaceta oficial que incluirá los siguientes documentos:

a)...

b)...

c)...

d)...

e)...

f) Los actos de la gobernación, de las secretarías del despacho y de las juntas directivas y gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales".

Obra en el expediente a folio 16 fotocopia auténtica del documento suscrito por el Jefe de Prensa y Director de la Gaceta Departamental del Caquetá, en el que manifiesta que el Acuerdo número 009 de 20 de Febrero de 1989, expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos del Caquetá, no ha sido publicado en la Gaceta Departamental correspondiente a los meses del año 1989, ni en las del año 1990, con lo cual se demuestra en forma inequívoca que la Administración no cumplió el mandato legal consagrado en la norma transcrita, lo que hace admisible la declaratoria de nulidad deprecada en la demanda.

4o): Falsa motivación en la expedición del Acuerdo número 009 de 20 de febrero de 1989:

La actora considera que hubo falsa motivación en la expedición del citado Acuerdo por cuanto en sus considerandos y concretamente en el tercero dice: "Que la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, mediante las resoluciones No. 041 de 1988 y 003 de 1989, estableció el valor definitivo de las tarifas de conexión telefónica y las obligaciones y derechos a que están sometidos los adjudicatarios"; que la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Caquetá trata así de darle piso de legalidad al acto impugnado citando como norma que lo sustenta la Resolución tantas veces mencionada, comportamiento este de la Administración acomodado falsamente a la normatividad legal.

Basta detenerse a leer el Acuerdo 009 demandado para determinar que la Junta Directiva de las Empresas de Teléfonos del Caquetá tuvo como sustento en los considerandos para expedirlo las Resoluciones 041 de 1988 y 003 de 1989, de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. No existiendo correspondencia entre la parte resolutiva del acto impugnado con la motivación hecha en sus considerandos, ello hace que la Junta Directiva mencionada incurriera en la figura jurídica de falsa motivación.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado de la parte demandada, como motivos de inconformidad con la sentencia recurrida aduce, en esencia, los siguientes:

La falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; la sanción, como lo ha sostenido el Consejo de Estado y que el propio ordenamiento trae, cuando no se cumple con este requisito, es la falta de oponibilidad del acto administrativo a los particulares, o lo que es lo mismo, la no obligatoriedad para éstos. La publicación no es, pues, un requisito de validez sino una condición de oponibilidad a los particulares.

El acto administrativo no publicado, general o particular, como dice el Consejo de Estado, se debe mirar en sus relaciones con la propia Administración y con los particulares. Por el primer aspecto, el acto no publicado es oponible a la Administración y surte efectos respecto de ella, puesto que fue quien le dio origen o nacimiento.

Por el segundo aspecto, hay que distinguir si el acto Administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular: si es lo primero, el particular puede reclamarlo de la Administración, aunque el acto no haya sido publicado; si por el contrario, impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo antes (por ejemplo: expedición).

En cuanto hace relación a la violación del artículo 47 de la Ley 9a de 11 de Febrero de 1989, tenida también como fundamento para decretar la nulidad, si bien es cierto que la citada norma dispone que primero se debe realizar la instalación del servicio público y después cobrar el derecho de conexión, también lo es que en el caso sub-exámine existe un acuerdo entre las partes sobre las condiciones particulares respecto de las cuales se presupuestaba la prestación del servicio y el correlativo pago, por lo cual tal acuerdo, tácito si se quiere, introducía una situación diferente, que autorizaba a la Empresa para producir el acto administrativo demandado.

En lo referente a la falsa motivación en la expedición del Acuerdo enjuiciado, no hay tal por cuanto la Empresa de Teléfonos del Caquetá al aumentar los valores respecto de los derechos de conexión de las líneas telefónicas lo hacía con fundamento en aspectos jurídicos dados por las normas legales expedidas por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y de manera especial por el estudio socio-económico presentado por compañías especializadas, los cuales reposan en el Acuerdo 007 de 20 de Enero de 1989, razón por la cual se da el fenómeno de la proposición jurídica incompleta al demandarse el Acuerdo más no el acto que sirviera de antecedente para su expedición.

En el trámite de la segunda instancia la parte demandada, arguyó lo siguiente:

El artículo 43 del C.C.A. señala de manera clara la sanción para los actos de carácter general que no sean publicados, es decir, no son obligatorios mientras no hayan sido publicados, lo cual, significa que se carece de la facultad o capacidad de exigir su cumplimiento, más no de solicitar su nulidad, razón por la cual el acto no es susceptible de anulación. La nulidad del acto administrativo surge por vicios del acto, violación de normas superiores, por errores de hecho o de derecho de los cuales emanan la violación directa, la falsa motivación o desviación de poder, etc. En el presente caso tal fenómeno no ocurre, situación que conlleva a que se profiera un fallo inhibitorio.

Estudiado cuidadosamente el Código Contencioso Administrativo, en ninguna parte se encuentra la disposición legal que consagre nulidad de un acto administrativo por falta de publicación. Y es evidente que dicho requisito no puede afectar la validez de un acto proferido con todas las exigencias que prescribe la ley.

IV.- CONSIDERACION DE LA SALA

IV.-1.- El ámbito de apelación.

La Sala considera oportuno resaltar que en materia contencioso administrativa *el recurso de apelación* que se interponga contra los autos y sentencias -salvo el auto que decide la suspensión provisional- en todos los procesos - exceptuado el electoral- *debe ser sustentado*, so pena de que se declare desierto y ejecutoriado el auto o sentencia objeto de él, conforme lo consagran expresamente los artículos 212 y 213 del C.C.A.

Tal exigencia implica, que *el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el Juez ad quem* para decidir el recurso. La competencia de éste, queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el Juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso.

IV.2.- El análisis de los cargos.

Tres censuras formula el recurrente contra la sentencia de primer grado y serán analizadas por la Sala en el mismo orden que han sido planteadas.

La primera se refiere a que el Tribunal Administrativo de Caquetá consideró que el acto acusado violó el artículo 5o literal f de la Ley 57 de 1985 al no haber sido publicado, conforme lo prueba la certificación expedida

el 4 de Octubre de 1990 por el señor Jefe de Prensa y Director de la Gaceta Departamental de Caquetá, que obra a folio 16 del cuaderno de primera instancia.

Sobre el particular, la Sala considera, como lo ha hecho en otros pronunciamientos, que el requisito de publicación respecto de los actos administrativos de carácter general, como el que dio origen a la presente acción, atiende a la eficacia, es decir, a que produzca efectos jurídicos y sea obligatorio para los particulares, conforme lo consagra el artículo 43 del C.C.A.

La carencia de dicho requisito, salvo la precisión que se hace más adelante, no puede dar lugar a su declaratoria de nulidad, pues ésta debe cimentarse en aspectos intrínsecos al acto, relativos a su validez: que él no adolezca de los vicios en su formación que señala el artículo 84 *ibidem*: la infracción de las normas en que debería fundarse; la incompetencia; la expedición irregular o vicios de forma, el desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación y desviación del poder.

En igual sentido, la Sala en sentencia de 6 de Febrero del presente año (expediente número 1487 - Actor: Eduardo Hernández Alzate), dijo lo siguiente:

> "...En lo que se relaciona con la nulidad del Acuerdo por no haber sido publicado, no puede confundirse la eficacia de un acto administrativo con su validez.
>
> El requisito de la publicación atiende a la eficacia, es decir, a que el acuerdo produzca la plenitud de sus efectos, en virtud de haber sido conocido por los interesados; es, pues, un aspecto extrínseco, que no forma parte del acto sino que constituye una etapa posterior al mismo.
>
> La validez en cambio tiene que ver con el aspecto intrínseco, esto es, que no adolezca de vicios en su formación...".

Conviene, sin embargo precisar, que excepcionalmente se puede anular el acto, en lo referente a su publicación, cuando él al señalar su vigencia desconoce los mandatos legales que gobiernen su eficacia u obligatoriedad. Al respecto, la Sala en auto de 30 de Abril del presente año (expediente número 1953 - Actor: Alvaro Ramírez Vargas), con ponencia de quien redacta la presente sentencia dijo, al efecto:

> "...Del texto transcrito se desprende que no obstante que la Resolución fue expedida el 31 de Diciembre de 1990 - conforme consta en su encabezamiento y a pesar de que erradamente en su parte resolutiva se dice que fue 'Dada en Neiva, a 31 de Diciembre de 1991'-, en el

mencionado artículo se dispuso que rigiera el 1o. de Enero de 1991, o sea, al día siguiente de su expedición, sin tener en cuenta si para esa fecha se hubiera o no publicado.

Tal ordenación del acto acusado referente a la eficacia u obligatoriedad del mismo, está en abierta contradicción con lo preceptuado en el artículo 43 del C.C.A., el cual ordena que los actos administrativos de carácter general, como el sub-judice, 'no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados'.

Significa lo precedente que el acto acusado al regular lo atinente a su eficacia u obligatoriedad infringió una norma superior en que debería fundarse, lo cual constituye una causal de su anulación, conforme lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., y conduce a la Sala a rectificar su jurisprudencia al respecto.".

Se deriva como conclusión del análisis precedente que le asiste razón en su censura al recurrente dado que la no publicación del Acuerdo acusado no puede dar lugar a la declaración de su nulidad, como lo hizo el Tribunal a-quo. No obstante ello, no se revocará la sentencia apelada habida cuenta que la nulidad del Acuerdo descansa en otros cargos de violación.

Sobre la segunda censura, referente a la violación del artículo 47 de la Ley 9a de 1989 que estimó demostrada el Tribunal, sostiene el recurrente que si bien es cierto que dicha norma dispone que primero se debe prestar el servicio público y después cobrar el derecho de conexión, también lo es que "existe un acuerdo entre las partes contratantes sobre las condiciones particulares respecto de las cuales se presupuestaba la prestación del servicio y el correlativo pago".

El cargo anterior está desprovisto de fundamento y no tiene la virtualidad de infirmar la sentencia recurrida dado que ninguna prueba milita en el proceso tendiente a demostrar el supuesto acuerdo alegado por el recurrente, que es la única razón aducida por él para plantear su inconformidad a este respecto. No puede la Sala, por los límites de su competencia en segunda instancia, extender el análisis a aspectos diferentes a los controvertidos, conforme se precisó en el punto IV.1- de estas consideraciones.

Sobre la última censura, de que no hubo falsa motivación porque los aumentos de valores en los derechos de conexión de las líneas telefónicas se hicieron en el acto acusado con fundamento "en aspectos jurídicos dados por las normas legales expedidas por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos" y de manera especial " en el estudio socio-económico presentado por las compañías especializadas en estos menesteres" que reposan en el acto o Acuerdo 007 de 20 de Enero de 1989, la Sala estima que no es atendible tan preciso cargo dado que el recurrente no precisa las normas de la mencionada

Junta y además el referido estudio socio-económico no puede prevalecer sobre las regulaciones que en materia de tarifas pueda establecer dicha entidad.

El análisis precedente permite concluir que si bien es cierto que el acto acusado no violó el artículo 50 literal f de la Ley 57 de 1985, también lo es que la sentencia *sub exámine* afianza la declaratoria de nulidad de aquel en otra norma (artículo 47 de la Ley 9a de 1989) y en la causal de anulación de falsa motivación, razones estas últimas válidas y suficientes para confirmarla, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

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 dieciséis (16) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente, *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,*con salvamento de voto; *Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia/ **PUBLICACION /RECURSO DE APELACION**-Sustentación/ **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL** (Salvamento de voto)

Si bien la falta de publicación de un acto no es causal de nulidad, el acto acusado sí viola la Ley 57 de 1987 en cuanto su artículo 5o. expresa que "rige a partir de la expedición" por lo cual esta violación afecta de nulidad este solo artículo del Acuerdo demandado. La violación del artículo 47 de la Ley 9a. de 1989 sólo podía fundamentar la nulidad del artículo segundo del Acuerdo demandado. En aras de una administración de justicia efectiva, la exigencia de sustentar el recurso de apelación debe entenderse apenas como un requisito de seriedad del recurso y la forma de abrir las puertas a la segunda instancia, sin que el marco exacto de esa sustentación pueda limitar al juez de segundo grado para corregir errores sustanciales. Concluir lo contrario es permitir que la vigencia efectiva de la ley quede supeditada al hecho de que un recurso sea bien, regular o mal sustentado, contrariándose así los principios mencionados.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA PROVIDENCIA DE FECHA 17 DE JULIO DE 1992.

Ref.: Expediente No. 1951. Actor: Oscar Conde Ortiz.

Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Con el debido respeto, el suscrito Consejero ha salvado el voto frente a la sentencia de la referencia por no estar de acuerdo con ella, por las siguientes razones:

1o.- El contenido del acto acusado (Acuerdo No.009 de 1989) hace referencia a lo siguiente: fija las tarifas definitivas de los derechos de conexión al servicio telefónico para los adjudicatarios del ensanche de 5.000 nuevas líneas (artículo 1o.); establece que al valor fijado se le acreditarán las sumas de dinero entregadas en depósito y el saldo será cobrado en diez cuotas mensuales de igual valor (artículo 2o.); precisa que las adjudicaciones que se realicen a partir de la fecha se cobrarán a $114.300,oo por línea (artículo 3o.); aclara que el valor cobrado por derecho de conexión incluye el valor total de la mano de obra y el material necesario para la instalación del servicio, hasta 50 metros de alambre de acometida (artículo 4o.); y, finalmente, expresa que rige a partir de la fecha de su expedición (artículo 5o).

2o.- Mediante la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Caquetá declaró la nulidad del acto demandado (Acuerdo No.009 de febrero 20 de 1989), en su integridad, con fundamento preciso en la siguientes consideraciones:

a- Rechazó el quebrantamiento de la resolución No.041 de 1988, emanada de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, por considerar que esta última es una norma de alcance regional que no fue debidamente probada dentro del proceso, como lo exige el artículo 141 del C.C.A., ya que el texto aportado fue una fotocopia sin autenticar.

b- Violación del artículo 47 de la Ley 09 de 1989, ya que esta norma es clara en disponer que primero se debe realizar la instalación del servicio y después cobrar el derecho de conexión por cuotas que consulten la capacidad económica del usuario.

c- Quebrantamiento de la Ley 57 de 1985, por falta de publicación del acto acusado.

d- Falsa motivación en la expedición del acuerdo acusado, por cuanto en el considerando tercero hace referencia a las Resoluciones Nos. 041 de 1988 y 003 de 1989, expedidas por la Junta Nacional de Tarifas, "comportamiento este de la administración acomodado falsamente a la normatividad legal". "Basta detenerse a leer el acuerdo 009 de 1989 para determinar que justamente sustenta en los considerandos las Resoluciones 041 de 1988 y 003 de 1989 para proferir el acuerdo impugnado. No correspondiendo la parte resolutiva del acto impugnado con la motivación hecha en los considerandos lo cual hace que el acto proferido por la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos del Caquetá, incurre en la figura jurídica de Falsa Motivación" (sic).

3o.- La decisión del Tribunal presenta manifiestos y evidentes errores jurídicos, como los siguientes :

a- En el primer cargo se abstiene de tener en cuenta la Resolución No.041 de 1988, de la Junta Nacional de Tarifas, por no estar aportada legalmente al proceso, sin preocuparse por lograr ese aporte, en ejercicio del poder oficioso del juez en materia probatoria.

b- La violación del Artículo 47 de la Ley 09 de 1989 sólo podría dar lugar a la nulidad del Artículo Segundo del Acuerdo demandado, que es el único que se refiere al momento y forma de pago de los derechos de conexión. Sin embargo, con base en esta violación, el Tribunal considera nulo todo el Acuerdo.

c- El quebrantamiento de la Ley 57 de 1985, por falta de publicación del acto, sólo permitiría la nulidad del Artículo Quinto, que expresa que el Acuerdo "rige a partir de la fecha de su expedición", pero no podía conllevar la nulidad de los demás artículos, los cuales solamente serían inaplicables mientras no se publicara el Acuerdo, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

d- El análisis de la falsa de motivación es totalmente superficial y confuso, pues parece decir que se presenta por fundamentarse el acto acusado en las Resoluciones 041 de 1988 y 003 de 1989, de la Junta Nacional de Tarifas, cuando la primeramente citada fue desechada en el primer cargo por no encontrarse debidamente probada en el proceso, mientras que la segunda no es objeto de ningún análisis.

En consecuencia, con las consideraciones del Tribunal su decisión no podía afectar los artículos 1o., 3o. y 4o. del Acuerdo, que se refieren al quantum de las tarifas, no obstante lo cual el fallo declara la nulidad de todo el Acuerdo.

4o.- El apoderado judicial de la empresa demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, fundamentándose en los siguientes argumentos:

a- Que la falta de publicación no es causal de nulidad.

b- En relación con la violación del artículo 47 de la Ley 09 de 1989, que ella no se presenta por existir un acuerdo de pago entre las partes.

c- En cuanto a la falsa motivación, que tampoco se presenta por cuanto el aumento de las tarifas de conexión se fundamentó en las normas de la Junta Nacional de Tarifas y de manera especial en el estudio socio-económico presentado por compañías especializadas, que reposan en el "acto o acuerdo 007 de fecha 20 de enero de 1989, por lo cual ha debido demandarse también éste último".

5o.- La sentencia de segunda instancia se fundamenta, en resumen, en que "si bien es cierto que el acto acusado no violó el artículo 50 literal f. de la Ley 57 de 1985, también lo es que la sentencia *sub exámine* afianza la declaratoria de nulidad de aquel en otra norma (artículo 47 de la Ley 9a. de 1989) y en la causal de anulación de falsa motivación, razones estas últimas válidas y suficientes para confirmarla...".

Son precisamente estas consideraciones las que no comparte el suscrito Consejero que salva el voto, por lo siguiente:

a- Si bien, como se dejó aclarado anteriormente, la falta de publicación de un acto no es causal de nulidad, el acto acusado sí viola la Ley 57 de 1987 en cuanto su artículo 5o. expresa que "rige a partir de la expedición", por lo cual esta violación afecta de nulidad este solo artículo del Acuerdo demandado.

b- La violación del artículo 47 de la Ley 9a. de 1989 sólo podía fundamentar, como ya se dijo, la nulidad del artículo segundo del Acuerdo demandado.

c- La causal de falsa motivación en la forma en que fue planteada por el Tribunal no podía justificar la nulidad del Acuerdo.

De tal manera que en virtud de una errónea y desacertada apelación, que no atacó en debida forma la sentencia de primera instancia, queda vigente esta última, con los errores elementales que ella contiene y con el apoyo del Consejo de Estado. Para ello, la Sala se fundamenta en que la competencia del juez superior "queda limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente" y "no puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso". Para sustentar esta conclusión, la Sala aduce la obligatoriedad de sustentar el recurso de apelación, so pena de que se declare desierto y ejecutoriado el auto o sentencia, conforme lo consagran los artículos 212 y 213 del C.C.A.

Frente a lo anterior, el suscrito Consejero considera que esa posición es contraria a la naturaleza de la acción pública de nulidad, cuya finalidad es garantizar la vigencia de la legalidad en abstracto, así como al principio de la prevalencia del derecho sustancial, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de 1991. De tal manera que si ello es así, en aras de una administración de justicia efectiva, la exigencia de sustentar el recurso de apelación debe entenderse apenas como un requisito de seriedad del recurso y la forma de abrir las puertas a la segunda instancia, sin que el marco exacto de esa sustentación pueda limitar al juez de segundo grado para corregir errores sustanciales como los que en este proceso cometió el *a-quo*. Concluir lo contrario es permitir que la vigencia efectiva de la ley quede supeditada al

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

hecho de que un recurso sea bien, regular o mal sustentado, contrariándose así los principios mencionados.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de julio de mil novecientos noventa y dos.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Facultades/**SOCIEDAD COMERCIAL**-Vigilancia

La Superintendencia de sociedades, tiene plena facultad para inspeccionar y vigilar lo relacionado con la contabilidad de las sociedades sometidas a su control. Luego de practicar la visita, levantar el acta respectiva y correr traslado a la sociedad visitada para que formule descargos o aclaraciones, deberá impartir las instrucciones u ordenes del caso. Dichas órdenes o instrucciones necesariamente deben ser una consecuencia lógica de la irregularidad observada y la solución que se le pretenda dar. En otras palabras, si la irregularidad consistió, como en este caso, en la no facturación de unas ventas que generaron impuestos, obviamente las instrucciones u órdenes que se imparten deberán tender a corregir las citadas anomalías, sin que ello implique que se estén usurpando las funciones de las autoridades de impuestos, toda vez que esto no impide que la administración de impuestos posteriormente verifique el cuantum de la obligación tributaria que corresponde a los ingresos obtenidos por las ventas que se omitió facturar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2058 Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de Febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Sociedad Nacional de Cigarrillos S.A.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SOCIEDAD NACIONAL DE CIGARRILLOS S.A., contra la sentencia de la referencia, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., frente a las Resoluciones Nos. OR 09178 y OR 10343 de 4 de Octubre y 18 de Noviembre de 1985, expedidas por la Superintendencia de Sociedades.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones del libelo, consideró el *a-quo:*

1. Que en relación con la falta de competencia de la Superintendencia de Sociedades para ordenar ajustes a la contabilidad de la actora, ésta entidad al ejercer el control de legalidad de las actividades de las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia, no está constreñida ni limitada a un simple examen de tipo puramente formal, sino que en muchas ocasiones es preciso determinar con exactitud la auténtica realidad de los hechos y así mismo establecer si la formación y funcionamiento de la entidad vigilada se ajusta a las Leyes, Decretos y a sus propios estatutos.

2. Que la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de verificar sin son reales los activos sociales y si es efectiva y adecuada su protección, todo en orden a deducir las consecuencias administrativas consagradas en la ley, a través de resolución motivada, lo que implica necesariamente una calificación jurídica de los hechos, que no podrá tener efectos diferentes a los de obtener la eficacia de la función de inspección y vigilancia que es una atribución de tipo preventivo y de alcance puramente administrativo, por lo que no se da la incompetencia planteada.

3. Que en el presente caso no se está discutiendo la causación de un tributo, sino el cumplimiento de una orden administrativa por lo que la norma invocada por el accionante resulta a todas luces impertinente, además que no obran pruebas en el expediente que desvirtúen la manifestación de los visitadores en cuanto a la venta realizada a Comercializadora de Oriente, sin facturas, luego no se ha desvirtuado la legalidad de los actos acusados, por lo que la orden de crear unos pasivos fiscales está ajustada a derecho.

4. Que en cuanto al cargo por violación de la ley que regula la contabilidad, las normas legales que autorizan la inspección por parte del Gobierno sobre las sociedades anónimas, son desarrollo de la acusada característica intervencionista del Estado moderno, que permite a la

Superintendencia de Sociedades vigilar que las sociedades sometidas, en su constitución y funcionamiento, se ajusten a las leyes y decretos y cumplan sus estatutos, pudiendo otorgar permiso de funcionamiento y así mismo suspenderlo, en el caso de que las sociedades no cumplan con su objeto, excedan los límites del contrato o no lleven regularmente sus libros de contabilidad, por lo que como resultado de la visita practicada está facultada para ordenar el ajuste contable correspondiente.

5. Y, finalmente, en cuanto a la desviación de poder, por no haber demostrado el actor a qué clase de operación o transacción corresponden los negocios jurídicos con la Comercializadora de Oriente Ltda, no facturados, no prospera el cargo.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Finca el recurrente su inconformidad con la providencia recurrida, así:

1. Que el Tribunal omitió estudiar el asunto sustancial que sirvió de base al argumento de la incompetencia de la Superintendencia de Sociedades, en cuanto a sus atribuciones para definir la celebración de contratos y la liquidación de impuestos nacionales y departamentales, pues no basta afirmar que dicha entidad tiene competencia para examinar y estudiar la contabilidad de las sociedades sujetas a su vigilancia, y deducir de ello que tal competencia se extiende a los efectos administrativos correspondientes como liquidar impuesto y disponer que se contabilicen en favor de determinado fisco derechos y obligaciones. Que así lo entendió el Consejo de Estado en sentencia de 15 de Febrero de 1990, Sección Primera, Ponente: Doctor Samuel Buitrago.

2. Que en cuanto a la causación, liquidación y recaudo de los impuestos sobre las ventas y de consumo de cigarrillos, el Tribunal se limita a expresar que no existen pruebas que desvirtúen lo dicho por los funcionarios de la Superintendencia, pero el argumento fundamental es que la ley señala claramente la competencia de las diversas autoridades, en particular en materia de impuestos nacionales, departamentales y municipales, por lo que la competencia no puede deducirse por analogía, y, el Superintendente de Sociedades no la tiene, para ordenar el registro contable de un impuesto nacional y otro de carácter departamental, sin tener en cuenta el lugar y fecha de su causación, porque ello implicaba que la sociedad confesara las respectivas obligaciones a favor de los fiscos nacional y departamental.

3. Que respecto a los ajustes contables por intereses diferidos, existen normas tributarias que autorizan la capitalización, que son normas contables de general aceptación, y la Superintendencia a su sólo arbitrio, sin fundamento en norma legal alguna, ni en reglas contables de reconocida aceptación, determinó que no podían capitalizarse.

4. Que existe desviación de poder, por cuanto la Superintendencia llegó al extremo de liquidar un impuesto y disponer su contabilización para que quedara determinado como obligación tributaria definitiva a cargo de la sociedad, el cual por el mismo motivo no podría discutirse en el futuro.

III. LA DECISION.-

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

CONSIDERACIONES.

Se circunscribe la Sala al análisis de los argumentos esgrimidos por el recurrente, frente a las ordenes e instrucciones dadas por la Superintendencia de Sociedades en las Resoluciones acusadas. Así se tiene que:

a.) Encontró la Superintendencia de Sociedades en la visita practicada a la sociedad demandante, que, al examinar los libros auxiliares, comprobantes de ingreso y comprobantes de pago, en relación con las subcuentas "Rezagos" y "Ajuste Variación Precios", por los años 1983 y 1984, la Nacional de Cigarrillos S.A., efectuó ventas sin facturar a la Comercializadora del Oriente Ltda, con domicilio en la ciudad de Bucaramanga, y que se recaudaron impuestos por $145.182.810 distribuidos así: $117.939.449 de impuesto al consumo; $11.793.945 de impuesto al deporte y $15.449.416 de impuesto a las ventas (IVA), los cuales no fueron consignados por la sociedad vigilada a Coldeportes, Administración de Impuestos y Rentas Departamentales de Santander.

b.) Por lo anterior, en la parte resolutiva de la Resolución No. 09178 de 4 de Octubre de 1985, confirmada por Resolución No. 10343 de 18 de Noviembre de 1985, se ordenó al representante legal de la actora, acreditar:

> "1. Que efectúe los ajustes correspondientes a las ventas sin facturar por $117.939.449 y contabilizó los pasivos a favor de la División de Recaudación de Rentas Departamentales de Santander por $117.939.449, de la Administración de Impuestos Nacionales por $15.449.416.40 y de Coldeportes Regional Santander por $11.793.944.90 y remita copia auténtica de los comprobantes de contabilidad que se elaboren para el efecto.".

c.) En relación con este punto, el recurrente aduce en el escrito contentivo del recurso, que no basta afirmar que dicha entidad tiene competencia para examinar y estudiar la contabilidad de las sociedades sujetas a la vigilancia, y deducir que tal competencia se extiende a los efectos administrativos correspondientes como liquidar impuestos y disponer que se contabilicen en favor de determinado fisco. Que la ley señala claramente la

competencia de las diversas autoridades en particular en materia de impuestos nacionales, departamentales y municipales, por lo que la Superintendencia de Sociedades no tiene competencia para ordenar el registro contable, y por lo mismo, al llegar al extremo de liquidar un impuesto y disponer su contabilización, hubo desviación de poder.

Al respecto observa la Sala:

Los artículos 266 y siguientes del C.de Co. le asignan amplias facultades a la Superintendencia de Sociedades para desarrollar la función de inspección y vigilancia de las sociedades sometidas a su control.

Es así como el numeral 4o. del artículo 267 le permite practicar visitas e inspeccionar todos los libros y papeles de las sociedades vigiladas.

Así mismo el numeral 8o. *ibídem* la faculta para exigir los balances de ejercicio pudiendo formular observaciones; el numeral 2o. del artículo 271 le da la potestad de suspender el permiso de funcionamiento cuando la sociedad vigilada no lleve regularmente los libros de contabilidad, y, el artículo 273 le atribuye la función de, a través de resolución motivada, impartir ordenes e instrucciones del caso, luego de practicada la visita, a los administradores, revisores o liquidadores.

En el caso que nos ocupa, las Resoluciones impugnadas (fls. 6 a 24 cuaderno de antecedentes), son el resultado de las irregularidades encontradas en la visita practicada durante los días 10 a 26 de Julio de 1985, irregularidades éstas que en lo que atañe al punto en estudio, no han sido desvirtuadas por la actora, y sí por el contrario, encuentran respaldo en el acta de visita No. 008 de 4 de Julio de 1985, en que la Dirección General de Impuestos Nacionales, División de Auditoría (fl. 71 cuaderno de antecedentes), señala que la sociedad Nacional de Cigarrillos S.A. omite facturar algunas ventas las cuales son llevadas a otras cuentas como "otros ingresos, consumo, producción, provisión sobre activos", y, que a la cuenta de "otros ingresos- aprovechamientos" se llevaron las ventas de cigarrillos efectuadas a varias personas, que no fueron facturadas y menos aún declaradas (fl. 78 cuaderno de antecedentes), dentro de las cuales se hallan las ventas a Comercializadora del Oriente.

De todo lo anterior se deduce:

1. La Sociedad demandante no ha llevado regularmente los libros de contabilidad.

2. La Superintendencia de Sociedades, de conformidad con las normas citadas ab initio, tiene plena facultad para inspeccionar y vigilar lo relacionado con la contabilidad de las sociedades sometidas a su control.

3. De acuerdo con el artículo 273 del C.de Co., luego de practicar la visita, levantar el acta respectiva y correr traslado a la sociedad visitada para que formule descargos o aclaraciones, deberá impartir las instrucciones u ordenes del caso.

4. Dichas órdenes o instrucciones necesariamente deben ser una consecuencia lógica de la irregularidad observada y la solución que se le pretenda dar. En otras palabras, si la irregularidad consistió, como en este caso, en la no facturación de unas ventas que generaron impuestos, los cuales fueron recaudados por la demandante y deben ser consignados a las entidades beneficiarias de los mismos, pues obviamente las instrucciones u órdenes que se imparten deberán tender a corregir las citadas anomalías, sin que ello implique que se estén usurpando las funciones de las autoridades de impuestos, toda vez que esto no impide que la administración de impuestos posteriormente verifique el cuantum de la obligación tributaria que corresponde a los ingresos obtenidos por las ventas que se omitió facturar.

Si so pretexto de que ordenar un ajuste contable a las prescripciones legales, en materia de impuestos, conduce a invadir el campo de las autoridades de impuestos, entonces para qué se establecen las potestades de inspeccionar los libros de contabilidad y de impartir órdenes e instrucciones? No puede pretenderse que dichas facultades sólo puedan entenderse como un mero señalamiento de irregularidades, pues del contexto del artículo 273 del C.de Co. se infiere que tales órdenes e instrucciones tienen como finalidad prevenir las sanciones y dar al administrado la posibilidad de subsanar las fallas oportunamente, lo que implica correlativamente indicar la manera como deben efectuarse las correcciones.

En lo tocante a la orden de efectuar los ajustes derivados de la capitalización de intereses que por valor de $98.196.690.96 hizo la sociedad demandante sobre obligaciones bancarias, y que según el recurrente existen normas tributarias que autorizan la capitalización y que son normas contables de general aceptación, las cuales, la Superintendencia de Sociedades sin fundamento alguno desconoció, estima la Sala:

La Superintendencia de Sociedades adujo que en materia contable sólo es permitido capitalizar intereses originados en obligaciones adquiridas para poner en marcha la empresa y hasta la terminación de las instalaciones y ensamblaje de las maquinarias necesarias para su normal funcionamiento, por lo que no es aceptable la capitalización de intereses que corresponden única y exclusivamente a créditos otorgados con bonos de prenda.

Para ello se fundamentó en el artículo 4o. del Decreto 331 de 1976 (vigente cuando se expidieron los actos acusados).

Dispone el artículo citado:

"De acuerdo con las normas generales del decreto 2053 de 1974, la suma deducible calculada como se establece en el artículo 2o. del presente decreto podrá llevarse a mayor costo del bien.".

Señala el artículo 2o. del Decreto 331 de 1976:

"El cómputo de las cantidades deducibles para los prestatarios de las corporaciones de ahorro y vivienda por préstamos de construcción o adquisición de edificación, proyectos de renovación urbana y fabricación de elementos de construcción, se calcularán como sigue...".

Del contenido de las normas transcritas se infiere que sólo podrá llevarse a mayor costo del bien, las cantidades deducibles para préstamos que tengan la destinación específica que allí se indica, y, efectivamente, la operación que ocupa la atención de la Sala no se halla incluida y por lo demás, tampoco se encuentra demostrado que la obligación garantizada con los bonos de prenda a que se hace alusión en los actos impugnados, tenga como finalidad el desarrollo de las actividades enunciadas en el citado artículo 2o., por lo que también, en cuanto a este aspecto se refiere, las Resoluciones acusadas se ajustan a la legalidad.

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 de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22 de Febrero de 1991.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ernesto Rafaël Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO COMPLEJO/ VEEDURIA DEL TESORO PUBLICO :

El acto cuya nulidad se solicita no tiene *per se* la virtualidad de producir mutaciones en el ámbito jurídico al cual se encaminan sus efectos, sino que, por el contrario, constituyó la primera etapa de una actuación administrativa que sólo pudo culminar en la medida en que la Procuraduría General de la Nación se hubiere pronunciado sobre la validez de los motivos expuestos por la Veeduría del Tesoro como fundamento de la Resolución demandada, bien en el sentido de acogerlos o desestimarlos. Lo anterior implica que sólo es posible demandar la nulidad de la Resolución acusada, en la medida en que la acción de nulidad se dirija, igualmente, en contra de la decisión que en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991 debió adoptar la Procuraduría General de la Nación, actos estos que, en su conjunto, vienen a conformar el acto complejo que puso fin a la actuación, administrativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2068. Actor: Municipio de Manzanares -Caldas-.

El Municipio de Manzanares, Departamento de Caldas, representado por su Alcalde, y a través de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 000034 de 4 de Marzo de 1992, expedida por la Veeduría del Tesoro, "Por la cual se dispone suspender la ejecución de unas partidas del Presupuesto de la ciudad de Manzanares (Caldas)". En el mismo cuerpo de la demanda, el accionante solicita se decrete la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Al proceder el Despacho al análisis tendiente a la admisión de la demanda, presentada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, y remitida a esta Corporación por competencia, observa lo siguiente :

Mediante el acto demandado, el señor Veedor del Tesoro, expresando hacer uso de las atribuciones que le confiere el artículo 34 transitorio de la Constitución Política y, en especial, de la contenida en el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, dispuso lo siguiente :

"ARTICULO 1o. Suspender hasta nueva orden, la ejecución de las partidas del Presupuesto del Municipio de Manzanares, para la vigencia fiscal de 1992, las cuales figuran como apropiación para adecuación de terrenos, restauración de viviendas en asentamientos subnormales urbanos y rurales, y distinguidos con los Artículos 12.5.6 y 12.5.7 en el respectivo programa presupuestal.

"ARTICULO 2o. Suspender de inmediato, cualquier orden de pago o giro que se haya dispuesto con cargo a dichas partidas. Por tanto, se ordena al Alcalde, al Tesorero, al Personero y al Contralor Municipales abstenerse de autorizar pago alguno con imputación de esas mismas partidas o de afectarlas mediante acto administrativo cualquiera.

"ARTICULO 3o. Remítase al señor Procurador General de la Nación copia auténtica del informativo levantado por los Visitadores de la Veeduría.

ARTICULO 4o. La presente resolución, rige a partir de la fecha de su expedición. 4 MAR. 1992"(fls. 7 y 8).

El artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, es del siguiente tenor literal :

" ARTICULO 11. En armonía con el artículo anterior el Veedor del Tesoro podrá durante los 3 meses anteriores a cada elección, como medida precautelativa, suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones, fundaciones, cuando a su juicio éstas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales.

Igualmente podrá suspender la ejecución de partidas presupuestales que, a su juicio, hayan sido dispuestas para influir en los resultados electorales.

"En caso de la suspensión en la ejecución de una partida, el Veedor deberá notificar, de manera inmediata, a la Procuraduría General de la Nación, la cual se debe pronunciar dentro de los 10 días siguientes, sobre la validez de los motivos expuestos en la resolución correspondiente.

"Si la Procuraduría General acoge la decisión de la Veeduría, las partidas no podrán ejecutarse y las entidades correspondientes adelantarán las investigaciones y tomarán las acciones a que haya lugar. En caso contrario se podrán continuar los trámites administrativos correspondientes".

De la norma transcrita fluye con meridiana claridad que el acto cuya nulidad se solicita no tiene *per se* la virtualidad de producir mutaciones en el ámbito jurídico al cual se encaminan sus efectos, sino que, por el contrario, constituyó la primera etapa de una actuación administrativa que sólo pudo culminar en la medida en que la Procuraduría General de la Nación se hubiere pronunciado sobre la validez de los motivos expuestos por la Veeduría del Tesoro como fundamento de la Resolución demandada, bien en el sentido de acogerlos o de desestimarlos.

Lo anterior implica que sólo es posible demandar la nulidad de la Resolución acusada, en la medida en que la acción de nulidad se dirija, igualmente, en contra de la decisión que en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991 debió adoptar la Procuraduría General de la Nación, actos estos que, en su conjunto, vienen a conformar el acto complejo que puso fin a la actuación administrativa.

En consecuencia, como en la demanda no existen elementos que permitan establecer si se produjo o no, y en qué sentido, el pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación, debe inadmitirse provisionalmente, a fin de que la entidad actora la corrija, en el sentido mencionado y precise, por lo tanto, las pretensiones, anexando copia auténtica de los actos correspondientes o haciendo la manifestación que establece el artículo 139 del C.C.A.

Igualmente observa el Despacho que la copia de la Resolución No. 000034 de 1992, que se adjunta a la demanda, aparece autenticada con un sello que dice "Copia de su original-Secretaría General", con una firma ilegible, sin que se sepa cuál es la dependencia oficial, ni quién es el funcionario que hace la autenticación. Por lo tanto, este aspecto también debe ser objeto de corrección.

En mérito de las anteriores consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 del C.C.A., el Despacho

DISPONE:

1.- INADMITIR la demanda presentada por el Municipio de Manzanares.

2.- Dentro del plazo de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, la demandante deberá corregir la demanda, de conformidad con lo expresado en la parte motiva, so pena de precederse a su inadmisión definitiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

LIBERTAD INDIVIDUAL/ CAPTURA-Requisitos/ **SUSTRACCION DE MATERIA** - Improcedencia

Las disposiciones acusadas son contrarias a la letra y al espíritu del artículo 28 de la Constitución. Ellas desconocen el requisito del mandamiento escrito de autoridad judicial competente que éste prescribe como necesario para aprehender a cualquier persona, ya que dentro de las facultades de los literales glosados, para cualquier miembro o agente de la policía basta la existencia de un "clamor público" o una "sospecha" para cumplir la mencionada función de captura. El pronunciamiento de inconstitucionalidad se hace imperativo pese a la derogatoria tácita que ha recaído sobre los actos acusados, en virtud de la nueva Constitución Política, y en aplicación del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, porque tal fenómeno no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que hayan generado, ni la presunción de legalidad que las cubre hasta la fecha en que han de considerarse insubsistentes por haber entrado en vigencia la nueva Constitución. DECLARA LA NULIDAD de los literales d) y e) del artículo 64 de la Resolución No. 00168 de 17 de enero de 1961 de la Dirección General de la Policía Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente N^{O}. 1857. Actor: Adriano Muñoz Barrera.

Acción de nulidad contra los literales d) y e) del artículo 64 del Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, aprobado por Resolución No. 00168 de 17 de Enero de 1961 de la Dirección General de la Policía Nacional.

El ciudadano ADRIANO MUÑOZ BARRERA, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita de esta Corporación la declaración de nulidad de los literales d) y e) del artículo 64 de la resolución de la referencia, en la cual se dispone :

"Artículo 64- La Policía debe proceder a la captura en los casos siguientes:

(...)

d) En caso de *clamor público*, para impedir la consumación de un delito o la impunidad del mismo;

c) A los vagos, *sospechosos* y delincuentes habituales reconocidos. Cuando haya serios motivos para creer que va a cometerse un delito; "(las subrayas son del actor).

DISPOSICIONES VIOLADAS

Señala como tales, los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 12, 13, 15, 16, 28, 29, 32, 30, 84, 85, 86, 87, 90 y 209 de la Constitución Nacional; artículo 9o. numeral 1 de la Ley 74 de 1968; artículo 56 del Decreto-Ley 1355 de 1970, y artículo 4o, del Decreto 0050 de 1988.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Manifiesta el actor, en síntesis, que de acuerdo con la Constitución Nacional, para capturar a un ciudadano se requiere mandamiento escrito de autoridad competente por motivos previamente establecidos en la ley. En los casos que aquí se demandan se le da la posibilidad a la policía de capturar sin tener en cuenta aquellos requisitos, violando flagrantemente los sustentos mismos del Estado de Derecho: la Constitución Nacional y otras normas superiores.

ACTUACION

Mediante proveído de 6 de Mayo de 1992 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones y traslado de ley.

La Nación-Ministerio de Defensa- Dirección General de la Policía Nacional-, a través de apoderada, dio respuesta a la demanda en escrito

presentado extemporáneamente, razón por la cual no se tuvo por contestada aquélla (auto de 9 de junio de 1992, fl. 47).

Por auto de la misma fecha se dio traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 46).

DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el litigio, previas las siguientes consideraciones :

Del contenido del concepto de la violación se infiere que la norma que fundamentalmente se estima infringida es el inciso 1o. del artículo 28 de la Constitución Nacional, que es del siguiente tenor :

> "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley"

La Resolución No. 00168 de 17 de Enero de 1961 es, verdad de Perogrullo, anterior a la Constitución Nacional vigente. Sus disposiciones acusadas, no cabe la menor duda, son claramente contrarias a la letra y al espíritu de la norma constitucional pretranscrita. Ellas desconocen o prescinden del requisito del mandamiento escrito de autoridad judicial competente que ésta prescribe como necesario para aprehender a cualquier persona, ya que dentro de las facultades de los literales glosados, para cualquier miembro o agente de la policía basta la existencia de un "clamor público" o una "sospecha" para cumplir la mencionada función de *captura.*

El pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los referidos preceptos -literales d) y c) del artículo 64 de la Resolución No.00168 de 1961-, se hace imperativo pese a la derogatoria tácita que ha recaído sobre ellos, en virtud de la Nueva Constitución Política, y en aplicación del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, porque tal fenómeno no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que hayan generado, ni la presunción de legalidad que las cubre hasta la fecha en que han de considerarse insubsistentes por haber entrado en vigencia la nueva Constitución.

La letra del pretranscrito inciso 1o. del artículo 28 de la Constitución Nacional coincide casi exactamente con el tenor literal del primer inciso del artículo 23 de la anterior Carta Política. Y la filosofía en ambos textos es idéntica: la tutela de la libertad individual.

En este orden de ideas, y pese a estar hoy esta última norma derogada por virtud de la expedición de la nueva Carta, ella era durante su vigencia,

obviamente, susceptible de quebrantamiento, como en efecto lo estaba siendo por los preceptos acusados en razón de ser también clara y ostensiblemente contrarios a su letra y a su espíritu, aunque esta anómala situación no fue antes denunciada.

En similar circunstancia se dijo en sentencia de la Sala Plena de esta Corporación:

> "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 orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la denegatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del Juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun sí 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". (Extractos de Jurisprudencia, Consejo de Estado, Tomo XI, 1991, págs. 53 a 55).

Como prospera, entonces, la nulidad en los términos expuestos, sus efectos lo serán por el término durante el cual las disposiciones acusadas estuvieron vigentes.

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

FALLA:

1. DECLARASE LA NULIDAD de los literales d) y c) del artículo 64 de la Resolución No. 00168 de 17 de Enero de 1961 de la Dirección General de la Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia/ **SENTENCIA DE NULIDAD**-Efectos

Para la Sala es suficiente recordar que la teoría de la sustracción de materia, como fundamento para fallar inhibitoriamente las demandas contra actos administrativos de carácter general, fue revaluada recientemente por la Sala Plena de la Corporación; "... 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". La única aclaración que debe hacer la Sala consiste en que, obviamente, la nulidad decretada sólo tiene efectos durante el tiempo en que estuvo vigente el acto administrativo anulado. CONFIRMA LA NULIDAD DE LA RESOLUCION No. 003 de 6 de Enero de 1984, expedida por el Director del Intra.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1775. Actor: Jafizza Ivonne Namen Amador.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 9 de Mayo de 1991.

I.- ANTECEDENTES

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

La ciudadana Jafizza Ivonne Namen Amador, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 003 de 6 de Enero de 1984, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá.

b.- El acto acusado.

Este lo constituye la citada Resolución, "Por medio de la cual se fija el régimen para expedición de Permisos Provisionales de Conducción en el D.E. de Bogotá" (sic) (fls. 17 a 19, Cdno. No. 1).

c.- Los hechos de la demanda

Estos se limitan a transcribir el acto cuya nulidad se solicita (fls. 1 y 2, Cdno. No. 1).

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

La parte actora expresa en su demanda que el acto acusado incurre en violación de los artículos 17, 18, 20 y 33 del Decreto 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito Terrestre) y que adolece de falsa motivación, pues crea requisitos adicionales a los consagrados en dichas normas superiores para expedir licencia definitiva de conducción, amplía el término de vigencia del Permiso Provisional de Conducción, limita dicho Permiso al área geográfica del Distrito Especial de Bogotá, establece nuevas excepciones para conducir, y para su expedición se invocan facultades legales inexistentes (fls. 3 y 4, Cdno. No. 1).

e.- Las razones de la defensa.

En su contestación de la demanda y en el alegato de conclusión la entidad demandada, en su orden, defiende la legalidad del acto acusado y solicita se profiera fallo inhibitorio por haberse producido su derogatoria tácita en virtud de los dispuesto por la Ley 33 de 1985 (fls. 43 a 47 y 85 a 90, Cdno. No. 1).

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 :

Por auto de 30 de Enero de 1986 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite de rigor y se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 21 a 23 Cdno. No. 1). Dicha medida precautelativa fue confirmada por esta Corporación en providencia de 1o. de Octubre de 1988, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación contra ella interpuesto (fls. 93 a 96, Cdno. No. 2).

Por auto visible a folio 82 del Cdno. No. 1 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Dentro del término para alegar de conclusión tan sólo hizo uso de tal derecho la parte demandada (fls. 85 a 90, Cdno. No. 1).

El Ministerio Público ante el Tribunal de origen rindió el concepto de fondo que obra a folios 98 a 106 del Cdno. No. 1, en el cual solicita, en síntesis, proferir fallo inhibitorio.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del acto acusado por considerar, en suma, que éste incurre en violación de las disposiciones invocadas en la demanda y, por tanto, excede las facultades que la ley otorga al Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La razón de inconformidad de la apelante frente a la sentencia de primera instancia, ratificada en su alegato de conclusión, consiste en sostener, en síntesis, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación el Tribunal de origen debió proferir fallo inhibitorio, por sustracción de materia, en razón a que el acto acusado fue tácitamente derogado por la Ley 33 de 1986 (fls. 4 a 7 y 12 a 16, Cdno. No. 3).

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora no se presentó en el curso de esta instancia a impugnar el recurso interpuesto.

V.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de esta Corporación solicita se confirme la sentencia apelada, pues considera que el acto demandado produjo efectos durante su vigencia, no ha sido derogado por la autoridad competente, "... y sí fue suspendido provisionalmente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quedaba aún pendiente la decisión definitiva respecto de su legalidad".

En cuanto al fondo del asunto expresa compartir las razones que asistieron a esta Corporación para confirmar la medida de suspensión provisional y al Tribunal para declarar la nulidad del acto acusado (fls. 18 a 21, Cdno. No. 3).

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se desprende claramente de la sustentación del recurso de apelación y del alegato de conclusión presentado durante la segunda instancia por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá, entidad demandada y recurrente, el único reparo que sustenta dicho recurso es el referente a que el *a quo* no aceptó la sustracción de materia planteada desde el alegato de conclusión de la primera instancia.

Al efecto, la representante judicial de la entidad demandada insiste en que en el caso *sub judice* esta figura es evidente, "si se tiene en cuenta que la norma legal que dio origen a la Resolución No. 003 de 1984, cuya nulidad se solicita - Decreto 1344 de 1970 - fue derogada en lo que tiene que ver con la materia, mediante la Ley 33 de 1986 y así lo entendió la misma administración distrital que profirió la resolución en cuestión ... ", que dejó de aplicarla y es la última ley la que está teniendo en cuenta para la expedición de licencias por primera vez o refrendadas.

Para sustentar su solicitud de fallo inhibitorio, cita apartes de sentencias del Consejo de Estado, de fechas julio 18 de 1975, Sección Primera Consejero Ponente doctor Alfonso Arango Henao, y Julio 11 de 1962, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta.

Frente a lo anterior, para la Sala es suficiente recordar que la teoría de la sustracción de materia, como fundamento para fallar inhibitoriamente las demandas contra actos administrativos de carácter general, fue revaluada recientemente por la Sala Plena de la Corporación, mediante jurisprudencia que esta Sala ha venido aplicando reiteradamente y que en la parte fundamental expresa lo siguiente :

> "... es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de 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" (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 14 de Enero de 1991, Consejero Ponente Carlos Gustavo Arrieta Padilla, actor: Robert Bruce Raisbeck, expediente No. S-157).

De tal manera que no siendo otro el fundamento de la apelación, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, teniendo en cuenta, además, que desde el punto de vista del fondo del asunto, dicha sentencia se sustenta en las decisiones de suspensión provisional adoptadas tanto por el mismo Tribunal como por el Consejo de Estado, cuyos fundamentos no fueron desvirtuados dentro del proceso y, como ya se vio, ni siquiera controvertidos en el recurso.

La única aclaración que debe hacer esta Sala consiste en que, obviamente, la nulidad decretada solo tiene efectos durante el tiempo en que estuvo vigente el acto administrativo anulado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, 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 9 de Mayo de 1991.

Segundo.- 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 veinticuatro de Julio de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO LEGISLATIVO/POTESTAD REGLAMENTARIA/LEY ESTATUTARIA -Inexistencia

Si se tiene en cuenta que el Decreto 2591 fue expedido por el Presidente de la República, en virtud de facultades extraordinarias de carácter temporal y con sujeción a un trámite especial no puede afirmarse por ahora, en forma categórica que se trate de una ley estatutaria de las que expide, aprueba, modifica y deroga el Congreso de la República. El origen, las facultades, el trámite y las circunstancias excepcionales del decreto, no permiten por el momento asimilarlo a las leyes que en circunstancias normales expide el órgano legislativo. Lo evidente hasta ahora es que el Decreto 2591 de 1991 tiene fuerza de ley, fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de facultades constitucionales y como tal susceptibles de reglamentación sin limitación en el tiempo si en cuenta se tiene que el acto que lo reglamenta, no es de aquellos de que trata el artículo 6o. transitorio de la Constitución, sino de los que obedecen a las facultades ordinarias que para ejercer la potestad reglamentaria confiere nuestra Carta Magna al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1955. Decretos del Gobierno. Actor: Pedro Pablo Camargo R.

Le corresponde a la Sala en esta oportunidad decidir el recurso de reposición interpuesto por el actor de la referencia contra el numeral 2o. del auto del 24 de abril de 1992 mediante el cual denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992 por el que se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 por parte del señor Presidente de la República.

EL AUTO RECURRIDO

Frente a las consideraciones expuestas por el demandante en el sentido de que el Gobierno no puede reglamentar el Decreto 2591 de 1991 porque, aparte de que con éste ya había agotado sus facultades extraordinarias para reglamentar la tutela, se trata de una ley estatutaria, la Sala en la providencia impugnada, consideró que el Decreto 2591 de 1991 dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones conferidas en el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución Nacional, tiene fuerza de la ley según lo dispone el artículo transitorio 10 de la misma Carta y en consecuencia "pudo y puede ser reglamentado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad atribuida en el artículo 189-11 de la Constitución".

Ahora, en relación con la supuesta violación del artículo 201 de nuestra Carta Política, estimó la Sala necesario, a fin de configurar la transgresión, estudiar y definir las normas de procedimiento que el Gobierno señala al ,poder judicial y las adiciones y reformas que según el actor le hacen al decreto 2591 mediante el acto acusado.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 230 del ordenamiento constitucional dijo la Sala "que habría que indagar y dilucidar, en otra oportunidad, el sentido que éste le da al término "Ley", cuando ordena que solamente a ella están sometidos los jueces al dictar sus providencias".

EL RECURSO INTERPUESTO

En la reposición el recurrente insiste en que el Presidente no puede, sin violar los artículos 152 y 153 de la Constitución Nacional, ejercer, respecto del Decreto 2591 de 1991, la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 de la Constitución Nacional, porque aquél es una ley, pero no ordinaria ni orgánica sino estatutaria por la materia que regula, y porque el Ejecutivo ya había agotado las "precisas facultades extraordinarias" que para reglamentar el derecho de tutela le confirió el artículo transitorio 5o. de nuestra Carta Magna.

Se argumenta también que "conforme al art. 152 de la Carta mediante ley estatutaria sólo el Congreso puede regular los 'derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección', o sea la acción de tutela, y según el Art. 153, *ibidem*, sólo el Congreso, por mayoría absoluta de sus miembros, puede *aprobar, modificar o derogar* una ley estatutaria, como la de la acción de tutela".

Persiste así mismo el recurrente en la transgresión de los artículos 201 y 230 de la Constitución Nacional. Del primero, por cuanto corresponde exclusivamente al Gobierno, en relación con la rama judicial, "prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias", no para imponerles reglas de procedimiento, tal como lo hace el Decreto 306 de 1992; y, del segundo, porque cuando se ordena que solamente a la ley deben someterse los jueces al dictar sus providencias, por tal debe entenderse la hecha por el Congreso de la República, al tenor de los artículos 114 y 150 de la Constitución Nacional.

Se queja a su vez el libelista de que "el Consejo de Estado, en ninguna parte, se detuvo a analizar la violación del Art. 150 de la Constitución Nacional, reseñada por el actor en su demanda...", y aprovecha la ocasión del recurso para manifestar que los artículos 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., y 9o. del acto acusado, interpretan, adicionan y modifican los artículos 6o., 1o., 3o., 4o., 19, 21, 13, 16, 29, 31, 32, 35, 36, y 52 del Decreto 2591de 1991, cuando el artículo 150 de la Carta confiere al Congreso de la República facultades exclusivas para "interpretar, reformar y derogar las leyes" y para "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El actor ha venido sosteniendo que el Decreto 306 de 1992 viola abiertamente los artículos 152 y 153 de la Constitución Nacional.

Según el artículo 152, el Congreso de la República, mediante leyes estatutarias regulará, entre otras, la materia relacionada con los "Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección".

Y, de acuerdo con el artículo 153, "La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura".

El decreto 306 de 1992 acusado en estas diligencias, reglamenta el Decreto 2591 de 1992, expedido por el Presidente de la República en virtud de precisas facultades extraordinarias que le confirió el artículo transitorio 5 de la Constitución. Esta circunstancia le otorga al Decreto 2591 el carácter

de ley y a la luz de lo expresado por el artículo transitorio 10 de la misma Carta.

Si se tiene en cuenta que el Decreto 2591 de 1991 fue expedido por el Presidente de la República, en virtud de facultades extraordinarias de carácter temporal y con sujeción a un trámite especial (artículo transitorio 6o. de la C.N.), no puede afirmarse por ahora, en forma categórica que se trate de una ley estatutaria de las que expide, aprueba, modifica y deroga el Congreso de la República según lo dispuesto en los artículos 152 y 153 de la Constitución Nacional. El origen, las facultades, el trámite y las circunstancias excepcionales del Decreto, no permiten por el momento asimilarlo a las leyes que en circunstancias normales expide el órgano legislativo.

En el mejor de los casos se presenta, por lo menos una duda al respecto, para cuya absolución se haría necesaria una definición de lo que debe entenderse por ley estatutaria, atendiendo a los aspectos relacionados con su origen, su contenido y su trámite.

De otra parte, la calidad de ley estatutaria que con tanto empeño le otorga el actor al Decreto 2591, no constituye argumento exclusivo para estructurar la violación de las normas constitucionales citadas como infringidas, pues tampoco respecto de las ordinarias puede el Ejecutivo exceder en su potestad reglamentaria adicionándolas o reformándolas.

Lo evidente hasta ahora es que el Decreto 2591 de 1991 tiene fuerza de ley, fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de facultades constitucionales y como tal susceptible de reglamentación en los términos del artículo 189-11 del ordenamiento constitucional, sin limitación en el tiempo si en cuenta se tiene que el acto que lo reglamente (en este caso el Decreto 306 de 1992) no es de aquellos de que trata el artículo transitorio 6 de la Constitución Nacional, sino de los que obedecen a las facultades ordinarias que para ejercer la potestad reglamentaria confiere nuestra Carta Magna al Presidente de la República, para la cumplida ejecución de las leyes.

Por otro aspecto, el actor al solicitar la suspensión provisional del acto acusado sostuvo que "el Presidente de la República no puede dictar a través de un mero decreto gubernativo un Reglamento o Código de Tutela por cuanto el Art. 150 de la Constitución Nacional confiere al Congreso las facultades exclusivas para 'interpretar, reformar y derogar las leyes' (numeral 1) y para 'expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones'. Es así que (sic) el Decreto 306 interpreta, adiciona y reforma en concreto en sus Arts. 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 9o. el Decreto 2591. Hay también usurpación de funciones".

Como en aquella oportunidad el solicitante no indicó cuales normas del decreto acusado eran las que modificaban el Decreto 2591, ni expresó los

términos de la modificación, la Sala en el auto que resolvió la solicitud de la suspensión provisional consideró que no podía "en esta oportunidad procesal adentrarse en el estudio correspondiente de cada una de las normas del decreto impugnado" (folio 13 del expediente).

Ahora, con motivo de la reposición, en el memorial mediante el cual interpone el recurso, el actor sí señala tanto las normas del decreto impugnado que según él modifican, adicionan e interpretan el Decreto 2591, como las de éste que resultan modificadas, adicionadas e interpretadas, lo mismo que el sentido en el cual aprecia la modificación y la interpretación.

Las inquietudes anteriores, por constituir puntos nuevos no pueden ser objeto de apreciación ni definición dentro del recurso de reposición ahora interpuesto por cuanto no fueron esgrimidas en la solicitud de la medida cautelar, ni objeto de estudio en el auto que la decidió.

En relación con la presunta violación del artículo 201 del ordenamiento constitucional, el accionante insiste en su argumento según el cual "... corresponde exclusivamente al Gobierno, en relación con la rama judicial 'prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a la leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias', no para imponerles reglas de procedimiento, tal como lo hace el decreto 306 de 1992". La violación así planteada, tampoco aparece manifiesta porque como ya se expresó, el artículo precitado solamente resultaría violado en la medida en que el juez aplique las normas del decreto acusado. Además porque no podría afirmarse con propiedad que las funciones establecidas para el gobierno en el artículo 201 de la ley de leyes sean las únicas y exclusivas que pueda desempeñar en relación con la rama judicial, ya que dependiendo de lo que se entienda por Gobierno, el Ejecutivo puede, por ejemplo, de acuerdo con la Constitución Nacional expedir decretos, resoluciones, órdenes y reglamentos que puedan tener relación con la rama jurisdiccional y que deben ser acatados y cumplidos por ésta.

Finalmente en lo que toca con la pretendida transgresión del artículo 230 de la Carta Política nada hace variar el criterio de la Sala expuesto en el auto recurrido, pues de la circunstancia de que sea al Congreso al que corresponde hacer las leyes (artículo 114 y 150 de la Constitución Nacional), no se infiere que solamente los actos emanados del Legislativo tengan las características propias de la ley. Si ello fuera así se llegaría a la interpretación inaceptable del artículo 230 de la Carta Política en el sentido de que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de las disposiciones emanadas del Congreso no así de las contenidas en los decretos legislativos y reglamentarios que dicta el Gobierno en ejercicio de funciones igualmente constitucionales.

Por las razones expuestas sigue considerando la Sala que no se observa dentro del caso de autos, a primera vista, la violación flagrante, ostensible,

clara y bultosa de la Constitución, capaz de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado y de justificar la suspensión de sus efectos.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

RESUELVE:

NO REPONER el auto recurrido de fecha 24 de abril de 1992.

Cópiese, notifíquese.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CERTIFICADO JUDICIAL/DAS - Funciones

Los artículos acusados no solo tienen cobertura frente a actos como el de posesión, que es un requisito sine qua non para el desempeño de cualquier cargo -no haber sido condenado por delitos dolosos-, lo cual se acredita con el respectivo certificado judicial, sino que las distintas normas han extendido dicha inhabilidad a toda clase de delitos dolosos, encontrándose cobijados lógicamente dentro de ellos, los delitos contra la administración pública y el patrimonio económico. De otra parte, desde la creación del DAS, esta entidad ha tenido la facultad de expedir los certificados judiciales que no solo son requeridos para efectos de tomar posesión de un cargo público o privado, sino para todas las actividades en que las distintas autoridades, bien sea públicas o privadas, exijan tal requisito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1974. Acción de nulidad contra los artículos 3o. y 12 del Decreto 2398 de 29 de Julio de 1986, expedido por el Presidente de la República. Actor : Alvaro Murillo Gelvez.

El ciudadano ALVARO MURILLO GELVEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la

declaratoria de nulidad de los artículos 3o. y 12 del Decreto 2398 de 1986, en los cuales se dispone:

"ARTICULO 3o.: En los certificados que se expidan a solicitud de los interesados se empleará la fórmula "NO ES SOLICITADO POR AUTORIDAD JUDICIAL O DE POLICIA", en los siguientes casos:

1o. Primer sobreseimiento temporal o autos de detención o de proceder no revocados cuando se haya concedido excarcelación.

2o. Libertades condicionales.

3o. Condenas de ejecución condicional."

"ARTICULO 12: Cuando el Jefe del "DAS" haya decretado la cancelación de antecedentes, en los certificados que se expidan a particulares se empleará la fórmula "NO TIENE ASUNTOS PENDIENTES CON LAS AUTORIDADES JUDICIALES O DE POLICIA".

"PARAGRAFO.- La misma fórmula se empleará en los casos de anotaciones en los que haya recaído fallo definitivo en favor del sindicado y para quienes no hubieren sido procesados."

I. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor que con los actos acusados se vulneró el Decreto 884 de 1944, que estableció la obligación para la posesión de empleos públicos, de presentar un certificado de identidad en que conste que el designado no ha cometido actos delictuosos contra el tesoro público ni la propiedad particular, así como la Ley 15 de 1968 que autorizó al Gobierno para determinar nuevos modelos de certificados por intermedio del DAS, por cuanto los artículos demandados cambian y amplían el sentido del certificado al disponer que la constancia haga referencia a toda clase de delitos y contravenciones, además que permiten que quienes enfrentan un proceso por delitos contra la propiedad, y aún, quienes fueren condenados por tales delitos, puedan posesionarse de un cargo público, que fue lo que el legislador extraordinario quiso impedir.

II. ACTUACION

Mediante providencia de 21 de Abril de 1992, se admitió la demanda, ordenándose correr traslado a la Nación - Ministerio de Justicia y Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

El Departamento Administrativo de Seguridad - DAS -, a través de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1. Que los Decretos 2400 y 3074 de 1968 que regulan la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público, señalaron una cobertura más amplia respecto del contenido del certificado con fines de posesión, y, que la Ley 15 de 1968 autorizó al Gobierno para señalar modelos o formatos que deben tener los certificados, entre ellos los de conducta, más no para establecer de manera excluyente el contenido y finalidad de los mismos.

2. Que el certificado judicial no tiene la exclusiva finalidad de servir como requisito para la posesión.

A su vez, el Ministerio de Justicia, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones del libelo argumentando que el Decreto 884 de 1944 se encuentra tácitamente derogado por los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y, que además, el Decreto Ley 625 de 1974 señala las funciones de la División de Laboratorio e Identificación, dentro de las cuales está la de expedir los certificados judiciales, por lo que el acto demandado se ajusta a la legalidad.

III. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

El Decreto 884 de 1944 "por el cual se dictan medidas encaminadas a prevenir delitos contra la Hacienda Pública", tuvo por finalidad evitar el nombramiento, para desempeñar empleos públicos de cualquier clase, de quienes hayan incurrido en actos ilícitos contra la hacienda pública, y, para el efecto, estatuyó en su artículo 1o., que "para tomar posesión de cualquier empleo nacional, departamental o municipal, el empleado designado debe presentar previamente un certificado de identidad personal, expedido por alguna de las oficinas de identificación dependientes de la Policía nacional o departamental, en que conste que no ha cometido actos delictuosos contra el tesoro público ni contra la propiedad particular..."

Así mismo, exceptuó de dicha obligación a algunos funcionarios, entre ellos, a los de elección popular, militares en servicio activo, Ministros del Despacho, Magistrados, Jueces y Fiscales del órgano judicial, Magistrados y Fiscales de lo Contencioso Administrativo, Procurador General, Procuradores Delegados etc., etc.

Obviamente esta situación ha cambiado, y hoy por hoy, en tratándose de posesión de un empleo público, ya no solo existen las excepciones anotadas anteriormente, sino que la abundante legislación posterior al Decreto 884 de 1944, ha extendido sus efectos a toda clase de delitos. A manera de ejemplo

se pueden citar los Decretos 2400 y 3074 de 1968 que regulan el régimen de los funcionarios de la rama ejecutiva, así como los Decretos 1660 de 1978 y 1988 de 1989 que se refieren a los funcionarios de la rama jurisdiccional, que exigen para la posesión, la presentación del certificado judicial, y, consagran dentro de las inhabilidades para el ejercicio del cargo, el haber sido condenado por delitos dolosos, haciendo la salvedad de los subrogados penales.

De tal suerte que, en cuanto al cargo por violación del Decreto 884 de 1944, no está llamado a prosperar, pues, de una parte, los artículos acusados no solo tienen cobertura frente a actos como el de posesión, que como ya vimos, es un requisito sine qua non para el desempeño de cualquier cargo - no haber sido condenado por delitos dolosos-, lo cual se acredita con el respectivo certificado judicial, sino que las distintas normas han extendido dicha inhabilidad a toda clase de delitos dolosos, encontrándose cobijados lógicamente dentro de ellos, los delitos contra la administración pública y el patrimonio económico, como se denominan actualmente los delitos contra el tesoro público y la propiedad particular de que hablaba el decreto 884 de 1944, y de otra parte, desde la creación del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS-, con la expedición del Decreto 1717 de 1960, y de los Decretos 1677 de 1967, 625 de 1974 y 512 de 1989, que han regulado la organización administrativa del Das y modificado su estructura, esta entidad ha tenido la facultad de expedir los certificados judiciales que no solo son requeridos para efectos de tomar posesión de un cargo, público o privado, sino para todas las actividades en que las distintas autoridades, bien sea públicas o privadas, exijan tal requisito.

Observa la Sala, que tampoco asiste razón al actor en lo tocante a la violación de la Ley 15 de 1968, por cuanto ésta Ley que autorizó al Gobierno, para determinar, por intermedio del DAS, los modelos de los certificados de conducta en lo que atañe a sus características, especificaciones, vigencias, uso y valor de adquisición, se está refiriendo a requisitos de forma, y, los actos acusados no desarrollan la ley, pues a través del Decreto 2046 de 1968 se reguló lo relativo a estos aspectos, y para nada hacen referencia a vigencia, modelo, características del certificado, etc., que permita establecer que en cuanto a la forma, se quebrantó la citada Ley,

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por el ciudadano ALVARO MURILLO GELVEZ, frente a los artículos 3o. y 12 del Decreto 2398 de 1986.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUBSIDIO DE VIVIENDA/ CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

El considerarse agotada y cumplida la primera prioridad si al cierre de cada semestre no se adjudica la totalidad de los recursos del Fondo, constituye una circunstancia, una condición no contemplada en la Ley 49 de 1990 reglamentada por el acto que se acusa. Cuando el decreto reglamentario fija el plazo de los seis meses para distribuir la totalidad de los recursos del Fondo so pena de que se cumpla y se agote la primera prioridad, está adicionando la disposición que reglamente, excediendo sus términos y restringiendo su alcance. Tal como está redactado el artículo impugnado el sólo vencimiento del semestre sin que se hubiera distribuido la totalidad de los recursos del Fondo, sería motivo suficiente para privar del derecho al subsidio a los trabajadores de la misma Caja. Como dicha voluntad puede cumplirse por circunstancias ajenas a la voluntad de los beneficiarios, se estaría desconociendo la finalidad específica de la ley en lo que respecta a dotar de vivienda a quienes están ubicados en esta primera prioridad. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1o. del Decreto 2918 de 31 de diciembre de 1991.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1985. Decretos del Gobierno. Actor: Raimundo Emiliani Roman.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto mediante apoderado por el señor Ministro de Desarrollo Económico contra el auto del 19 de mayo del presente año, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 1o. del Decreto No. 2918 del 31 de diciembre de 1991.

EL AUTO RECURRIDO

Como ya se expresó es el proferido el 19 de mayo de 1992 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante el cual se suspendieron los efectos del artículo 1o. del Decreto No. 2918 de 1991, según el cual, "se entenderá agotada y cumplida la primera prioridad establecida en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 para ese período, cuando una Caja de Compensación Familiar no adjudique entre sus afiliados, al cierre de cada semestre calendario, la totalidad de los recursos del Fondo para el Subsidio Familiar de Vivienda".

La primera prioridad a que hace referencia este inciso, es la establecida por la citada Ley en su artículo 68 para los afiliados a la propia Caja de Compensación, cuyos ingresos sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales.

Dispone así mismo el inciso 2o. del artículo acusado que el valor de los recursos no adjudicados en el semestre se aplicará al otorgamiento de subsidios para los afiliados de Cajas de Compensación Familiar que no tengan constituido Fondo para subsidio, y el saldo, si lo hubiere, a la adjudicación de subsidios para quienes no se encuentren afiliados a Cajas de Compensación Familiar.

En el auto recurrido dijo la Sala:

> "Al comparar la norma reglamentaria acusada con la de carácter legal que se estima violada, observa la Sala que aquella, al entender agotada y cumplida la primera prioridad establecida en la ley cuando una caja de compensación familiar no adjudique entre sus afiliados la totalidad de los recursos del Fondo, al cierre de cada semestre, establece un requisito, una condición, una limitante en el tiempo, no contemplados en la norma reglamentada, circunstancia ésta que puede llegar a significar la extinción de dicha prioridad, por lo menos para el tiempo subsiguiente al mes correspondiente".

EL RECURSO DE REPOSICION

Se dice en el recurso que con la disposición acusada no hay desvío abusivo de derecho a favor de terceros, sino un orden de prioridades para la

utilización de recursos dentro de un programa social, en forma escalonada, expresamente prevista por el legislador.

Afirma también el recurrente que no hay prioridad sin término, pues debe fijarse un plazo dentro del cual los afiliados de la propia Caja pueden disfrutar de su prioridad. "No puede existir un término indefinido para esa primera prioridad. Si así fuere, no se podría pasar nunca a la segunda y tercera contempladas en la ley, con desconocimiento total del derecho al subsidio de las personas colocadas en estas alternativas. Si no señaló el término la Ley, debe hacerlo el decreto reglamentario, para que se realice la "cumplida ejecución de la Ley", según el enunciado de la potestad reglamentaria del artículo 189, numeral 11 de la nueva Constitución".

Considera el señor apoderado del Ministerio que "Al cabo de los seis meses del decreto no se extingue la primera prioridad; ella ha operado plenamente; no sólo los recursos no adjudicados se aplicarán al otorgamiento de los otros dos subsidios contemplados en la ley como eventuales beneficiarios...". "...Si no se fija un término, éstas últimas prioridades no tendrían efectividad jamás. Nada se extingue por el decreto, sino que se garantiza el cumplimiento de las prioridades de la Ley, en su orden".

Termina diciendo el recurrente que "El decreto reglamentario no persigue desconocer ningún derecho, ni practicar despojo alguno, sino indicar términos dentro de los cuales disfruten en su primera prioridad los afiliados a la Caja respectiva. Luego, con los recursos no adjudicados, busca que se abra la posibilidad de acceso a la vivienda de la segunda y tercera prioridades, todo dentro de la voluntad de la Ley y para la realización de la política de vivienda de interés social cuya efectividad es compromiso gubernamental".

IMPUGNACION DEL RECURSO

Por su parte el actor, al referirse al argumento del reponente en el sentido de que toda prioridad debe tener un plazo, dice que "Tal afirmación está lejos de ser cierta, porque confunde la opción o preferencia pactadas entre particulares a término o condición (de modo que no siempre implican plazo) con el derecho de prioridad legal a determinadas personas, conferido por disposición de la ley. Como todo derecho, el de prioridad debe ser garantizado contra su desconocimiento por parte de los demás y de las propias autoridades. Y esa garantía, en el caso presente, no puede consistir en un término precario que impide su cumplimiento".

Aduce el accionante que el derecho de prioridad puede depender de condiciones resolutorias consistentes en hechos, pero nunca de un término sólo, porque la falta de inversión de los Fondos de Vivienda de las Cajas puede provenir, no de la satisfacción de las necesidades de vivienda de sus beneficiarios, sino de factores extraños que lo han imposibilitado y, en esas

circunstancias, el traslado de los fondos a terceros en perjuicio de los beneficiarios por el sólo cumplimiento de un plazo, constituye desconocimiento del derecho de propiedad que la Ley les ha conferido.

Dice también el demandante que es tan infundado el argumento aducido por el recurrente que "si de lo que se trata es simplemente de fijar un término porque toda prioridad debe tenerlo, lo mismo ha podido fijarse por el Gobierno el de un día que el de seis meses".

Que, con el acto acusado se destruyen o reducen las posibilidades de prioridad de los beneficiarios de vivienda social de las Cajas, si durante los "ineluctables y fatídicos" seis meses del decreto demandado, no hay planes de vivienda elegibles, o los llamados elegibles no resultan convenientes para los beneficiarios de la Caja porque fueron proyectados para otros sectores sociales, o por otra razón valedera.

En otro de los argumentos el impugnante del recurso considera que el Gobierno desenfocó totalmente la reglamentación del derecho de prioridad, ya que "presumiéndola agotada si el Fondo no se ha invertido totalmente en el término de un semestre, sin darse cuenta de que esa presunción es falsa, porque el sobrante generalmente proviene, no de que no se haya necesitado invertir, sino de que no ha habido en qué, ni cómo invertir".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Establece la Ley 49 de 1990 en su artículo 68, una primera prioridad en favor de los afiliados de la propia caja de Compensación Familiar, cuyos ingresos familiares sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales, para ser destinatarios del subsidio para vivienda otorgado por las Cajas de Compensación Familiar.

El artículo 1o. del Decreto 2918 de 1991, demandado en esta oportunidad entiende agotada y cumplida la mencionada primera prioridad "cuando una Caja de Compensación Familiar no adjudique entre sus afiliados, al cierre de cada semestre calendario, la totalidad de los recursos del Fondo para el Subsidio Familiar de Vivienda". Según esta misma disposición el valor de los recursos no adjudicados en el respectivo semestre, se aplicará en primer lugar al otorgamiento de subsidios para hogares de afiliados de Cajas de Compensación Familiar que no tengan constituido Fondo, y el saldo, si lo hubiere, para la adjudicación de subsidio a hogares en los cuales ningún miembro se encuentre afiliado a Cajas de Compensación Familiar, según el orden secuencial de postulaciones calificadas por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana.

Estima la Sala en el auto recurrido y sigue estimando ahora al resolver la reposición interpuesta que al considerarse agotada y cumplida la primera

prioridad si al cierre de cada semestre no se adjudica la totalidad de los recursos del Fondo, constituye una circunstancia, una condición, no contemplada en la Ley 49 de 1990 reglamentada por el acto que se acusa.

En criterio de la Sala cuando el decreto reglamentario fija el plazo de los seis meses para distribuir la totalidad de los recursos del Fondo so pena de que se cumpla y se agote la primera prioridad, está adicionando la disposición que reglamenta, excediendo sus términos y restringiendo su alcance.

El establecimiento del plazo de seis meses para distribuir la totalidad de los recursos como único requisito para entender agotada y cumplida la primera prioridad, es una situación creada por el decreto reglamentario no contenida en la ley reglamentada, con la cual se viola de manera directa el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 y de manera indirecta el artículo 189-11 de la Constitución Nacional al arrogarse el Ejecutivo funciones legislativas del Congreso.

Tal como está redactado el artículo impugnado el sólo vencimiento del semestre sin que se hubiera distribuido la totalidad de los recursos del Fondo, sería motivo suficiente para privar del derecho al subsidio a los trabajadores de la misma Caja. Como dicha condición puede cumplirse por circunstancias ajenas a la voluntad de los beneficiarios (falta de programas de vivienda, por ejemplo), se estaría desconociendo la finalidad específica de la ley en lo que respecta a dotar de vivienda a quienes están ubicados en esta primera prioridad. En este sentido procede observar que si bien es cierto el vencimiento del plazo pudiera facilitar el cumplimiento de las otras dos prioridades, no es legal ni de justicia llegar a tal cumplimiento mediante el desconocimiento de los derechos de quienes conforman la primera.

Por lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de julio de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO/DISTRIBUCION DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/ SECCION CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

El Reglamento de esta Corporación, determina la distribución de negocios entre las Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo cual no puede entenderse como la asignación de competencias a cada una de ellas, sino como un simple mecanismo de distribución de trabajo interno para el ejercicio de las funciones que le han atribuido al Consejo de Estado la Constitución y la Ley. Es decir, la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo es única e indivisible. Como quiera que asiste razón el recurrente en cuanto a que el trámite del proceso que se adelanta corresponde a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el numeral 1o. (Sección Cuarta) del artículo 1o. del acuerdo 039, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, por debatirse en él la legalidad de un acto administrativo relacionado con contribuciones, se dispondrá que a ella le sea enviado para que se continúe con el mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2020. Actor: Luis Lizarralde Cala.

Dentro del término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda, que ha dado origen al expediente de la referencia, se han intentado dos recursos en contra de dicha providencia, a saber:

a) El interpuesto por la parte actora, en cuanto por él se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 17 a 20).

b) El interpuesto por la parte demandada "... a fin de que sea revocado en su totalidad en el sentido de inadmitir la demanda...", pues, en su concepto, el conocimiento de la misma está atribuido a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

Frente a la situación descrita, la Sala procede a resolver lo pertinente sobre el recurso de reposición descrito en el literal b) que antecede, pues en él se discute la competencia de esta Sección para conocer de la demanda instaurada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante demanda dirigida a esta Corporación "Sección Primera", el ciudadano Luis Lizarralde Cala solicitó que, previa suspensión provisional, se declare la nulidad de la Resolución No. 0329 de 24 de junio de 1991, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, "Por la cual se fija el monto de unas contribuciones" (fls. 3 a 9).

Dicha demanda fue admitida por auto de 29 de mayo de 1991, el cual dispuso además, darle el trámite que legalmente le corresponde y denegar el decreto de la medida precautelativa solicitada (fls. 11 a 16).

Sobre el argumento planteado por el recurrente cabe recordar que el Consejo de Estado se halla dividido en Salas o Secciones para separar las funciones jurisdiccionales que le competen como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de las demás que le asignan la Constitución y la Ley. Esta división ha obedecido y obedece a lo que disponían y disponen los artículos 137 y 141 de la Carta Política de 1886 y los artículos 236 y 237 de la Constitución que actualmente rige en el país.

Ahora bien, el Reglamento de esta Corporación, contenido en el artículo 01 de 1971, con las modificaciones introducidas por el Acuerdo No. 039 de 1990, determina la distribución de negocios entre las Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo cual no puede entenderse como la asignación de competencias a cada una de ellas, sino como un simple mecanismo de distribución de trabajo interno para el ejercicio de las funciones que le han atribuido al Consejo de Estado la Constitución y la Ley. Es decir,

la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo es única e indivisible, de lo cual se deriva, también, la conclusión de que el auto recurrido es perfectamente válido y, por ello, no es viable la petición de su revocatoria.

De otra parte, como quiera que asiste razón al recurrente en cuanto a que el trámite del proceso que se adelanta corresponde a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el numeral 1. (Sección Cuarta) del artículo 1o. del acuerdo No. 39, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, por debatirse en él la legalidad de un acto administrativo relacionado con contribuciones, se dispondrá que a ella le sea enviado para que se continúe con el mismo.

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

RESUELVE:

1o. No se revoca el auto admisorio de la demanda, proferido por esta Sección el 29 de mayo de 1992.

2o.- Previas las anotaciones de rigor, remítase el expediente a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo para que continúe allí el trámite del proceso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO DE QUEJA- Trámite / **RECURSO DE QUEJA** Sustentación / **TERMINO LEGAL** - Preclusión

El recurso de queja debe formularse, sustentarse y presentarse ante el superior dentro de los cinco días siguientes al recibo, por parte del recurrente, de las copias que en su favor se haya dispuesto compulsar, pues de lo contrario precluirá su procedencia. No resulta suficiente que el quejoso elabore, sustente y haga presentación del escrito de interposición del recurso ante notario o juez del lugar de su residencia, sino que, además, es absolutamente indispensable que tal escrito sea recibido en el despacho del superior, dentro del señalado término de cinco días, el cual, como todos los términos y oportunidades procesales, son perentorios e improrrogables, según lo señala el artículo 118 del C. de P.C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2070. Actor: Antonio Everth Copete Moreno.

Visto el informe Secretarial que antecede, según el cual el recurso de queja fue presentado extemporáneamente, corresponde al Despacho resolver lo pertinente sobre este aspecto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 182 del C.C.A., 377 y 378 del C. de P.C.

CONSIDERACIONES

1.- El Municipio de Condoto, Departamento del Chocó, a través de apoderado, interpone recurso de queja contra el auto de 20 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de dicho Departamento, por el cual se denegó el recurso de apelación que interpusiera contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 1992.

2.- De la observación de las piezas que obran en el expediente de la referencia, se constata lo siguiente:

a) Según constancia Secretarial del Tribunal Administrativo del Chocó (fl. 19), el día 11 de junio de 1992 se hizo entrega al apoderado del Municipio de Condoto de los documentos que, en fotocopia autenticada, obran a folios 1 a 11 y 17 a 18 de este expediente.

b) El memorial de la interposición del mencionado recurso de queja, que obra a folios 22 a 26, fue presentado personalmente por su signatario ante el Notario Unico del Circulo de Quibdó el 12 de junio de 1992, según se da fe en el sello notarial en él impreso.

c) El escrito de que se da cuenta en el literal anterior se recibió en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación el 23 de junio de 1992, el cual, radicado como fue en dicha dependencia el día 25 del citado mes y año, fue recibido en la Secretaría de la Sección Primera el 26 de junio de 1992, según sellos y constancia que aparecen a folio 26 vto.

3.- De conformidad con el artículo 182 del C.C.A., al recurso de queja se aplicará, en lo pertinente, lo que disponen los artículos 377 y 378 del C. de P.C.

4.- Por su parte, el artículo 378 del C. de P.C., en sus incisos sexto y séptimo, dispone, en el expresando orden, lo siguiente:

> "Dentro de los cinco días siguientes al recibo de las copias deberá formularse el recurso ante el superior, con expresión de los fundamentos que se invoquen para que se conceda el denegado. El escrito se mantendrá en la secretaria por dos días a disposición de la otra parte para que manifieste lo que estime oportuno, y surtido el traslado se decidirá el recurso.
>
> "Si el recurso no se presenta dentro del término indicado precluirá su procedencia".

En otras palabras, dichos incisos disponen que el recurso de queja debe formularse, sustentarse y presentarse ante el superior dentro de los cinco días

siguientes al recibo, por parte del recurrente, de las copias que en su favor se haya dispuesto compulsar, pues de lo contrario precluirá su procedencia.

5.- De lo anterior se tiene que, en casos como el que se analiza, no resulta suficiente que el quejoso elabore, sustente y haga presentación del escrito de interposición del recurso ante notario o juez del lugar de su residencia, sino que, además, es absolutamente indispensable que tal escrito sea recibido en el despacho del superior, dentro del señalado término de cinco días, el cual, como todos los términos y oportunidades procesales, son perentorios e improrrogables, según lo señala el artículo 118 de C. de P.C.

6.- Precisamente, para evitar la preclusión de los términos y oportunidades procesales, el artículo 107 del C. de P.C. contempla la posibilidad de acudir al medio de transmisión telegráfica de todo escrito que se envíe a un lugar diferente de la autoridad judicial a quien va dirigido, caso en el cual, para efectos procesales, se considerará presentado el día en que se reciba en el despacho de su destino, tal como dispone esta misma norma, en concordancia con la parte final del inciso primero del artículo 84 ibídem.

De lo expuesto resulta que habrá de declararse la improcedencia del recurso de queja interpuesto, por haberlo sido en forma extemporánea.

En virtud de las consideraciones que anteceden, el Despacho

RESUELVE:

1o.- DECLARESE improcedente, por extemporáneo, el recurso de queja interpuesto, por las razones de que se da cuenta en la parte motiva.

2o.- Como consecuencia de lo anterior, devuélvanse al recurrente los anexos del escrito mediante el cual se interpuso el recurso de queja, sin necesidad de desglose.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES /SUSPENSION PROVISIONAL

El servicio público de telecomunicaciones, que comprende, entre otros, los servicios básicos, (portadores y teleservicios), entre los cuales se encuentra la telefonía, tanto fija como móvil y móvil celular, solamente pueden ser prestados: a) Directamente por la Nación, las entidades territoriales, los entes descentralizados de esos órdenes, o por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades ya mencionadas; o b) Indirectamente, previo contrato de concesión de servicio o licencia celebrada u otorgada por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de la ley, por personas naturales o jurídicas de derecho privado COLOMBIANAS. La disposición acusada quebranta "prima facie" el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, en cuanto ella permite la intervención de empresas extranjeras en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio en forma directa o asociándose con terceros. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 5o. del Decreto Reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2079. Actor: Oswaldo Hernández Ortiz.

Acción de nulidad en relación con el artículo 5o del decreto reglamentario 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el señor Presidente de la República.

El ciudadano y abogado OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita la declaratoria de nulidad del artículo 5o. del Decreto Reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se aclara y modifica parcialmente el Decreto 2824 de 19 de diciembre de 1991".

Como la demanda reúne los requisitos de la ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

Con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., en el Capítulo IV de su demanda, el accionante solicita el decreto de suspensión provisional de la norma acusada, que es del siguiente tenor:

DECRETO NUMERO 332 de 1992 (24 de febrero)

"...ARTICULO 5. Las empresa extranjeras podrán participar en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio en forma directa o asociándose con terceros. Para la participación directa deberán constituir en Colombia con arreglo a la legislación colombiana, una sociedad especializada en telecomunicaciones la cual tendrá, para todos los efectos legales el carácter de sociedad colombiana" (sic).

"Las sociedades de que trata el primer inciso de este artículo que quieran participar en forma directa, se inscribirán en el Registro para participar en la licitación referente a la Red Celular B.

"Las empresas extranjeras podrán vincularse como socios en sociedades que participen en la licitación referente a las Redes Celulares A y B, según la calidad (sic) de los otros socios, de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2824 de 1991".

Considera el peticionario que la norma reglamentaria transcrita viola, flagrante y ostensiblemente, las siguientes normas legales:

a) El artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, en cuanto establece que "Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente *o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas* reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia" (subraya fuera del texto).

b) Los artículos 469, 470 y 471 del Código de Comercio, que estatuyen en su orden, que "Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior" (art. 469); que "Todas las sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia estarán sometidas a la vigilancia del Estado, que se ejercerá por la Superintendencia Bancaria o de Sociedades, según su objeto social" (art. 170); y, los "requisitos para emprender negocios permanentes en el país" que deben cumplir las sociedades extranjeras (art. 471).

LA DECISION

Para resolver, se considera:

1o. Mediante la Ley 72 de 1989, "Por la cual se definen nuevos conceptos y principios sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y *sobre el régimen de concesión de los servicios* y se confieren unas facultades al Presidente de la República", se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

a) "Se entiende por telecomunicaciones, toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales y otros sistemas electromagnéticos" (art. 2o.).

b) "Los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son propiedad exclusiva del Estado" (art. 4o.).

c) "Las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, *a personas naturales o jurídicas colombianas*, reservándose, en todo caso, la facultad de control y vigilancia" (art. 5o.).

d) "Las concesiones podrán otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias, según lo disponga el Gobierno, y darán lugar al pago de derechos, tasas o tarifas que fije el Ministerio de Comunicaciones a excepción las que corresponda fijar a Inravisión (sic) y a las organizaciones regionales de Televisión" (art. 7o.).

c) "De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de ocho (8) meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley para que dentro del marco general de esta ley:

"1. Fije las funciones que, en atención a los adelantos tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones, deba ejercer el Ministerio de Comunicaciones.

"2. Establezca la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones, con el objeto de que se cumplan las funciones asignadas a éste, como entidad encargada de la planeación, regulación y control de todos los servicios del sector comunicaciones.

"3. Cree, suprima, fusione, reclasifique y denomine los cargos que la nueva estructura administrativa del Ministerio demande, asigne sus funciones y fije la escala de remuneración de los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones, respetando los derechos adquiridos por los trabajadores.

"4. Fusione o suprima las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, reasigne sus funciones y recursos, y cree entidades que tengan a su cargo la prestación de determinados servicios de comunicaciones o la gestión de recursos financieros para el desarrollo y fomento de estos servicios, y fije sus respectivas estructuras, plantas de personal y escalas de remuneración, respetando los derechos adquiridos por los trabajadores .

"5. Reforme las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de que trata el artículo 1o. de la presente ley.

"6. Dictar las disposiciones necesarias para la conveniente y efectiva descentralización y desconcentración de sus servicios y funciones" (se subraya).

2o. En ejercicio de esas facultades precisas y protémpore, se dictó el Decreto-Ley 1901 de Agosto 19 de 1990, "por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", el cual también se reglamenta por medio del Decreto que contiene la norma acusada, pero sin ninguna incidencia sobre el aspecto jurídico controvertido en este proceso.

3o. También, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 72 de 1989, se dictó el Decreto-Ley 1900 de agosto 19 de 1990, "Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines", que, como se dijo, es igualmente reglamentado por medio del decreto que contiene la norma acusada.

4o. En este decreto 1900 de 1990, en cuanto hace relación a la materia objeto de la controversia, encontramos las siguientes disposiciones:

a) El artículo 34 que preceptúa: "La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, *en gestión directa*, por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción.

"La Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

"La prestación de estos servicios en el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas en los dos incisos anteriores, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

"La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de *gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta,* a través de concesión otorgada, mediante contrato en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente" (se subraya).

b) El artículo 35 que regla:"La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de *gestión directa,* por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones.

"La prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, podrá hacerse en la modalidad de *gestión indirecta,* mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta. En estos casos se requiere autorización expresa de las localidades" (subrayas fuera del texto).

5o. Conforme a la normatividad contenida en las normas citadas y pretranscritas, se tiene, entonces, que el servicio público de telecomunicaciones, que comprende, entre otros, los servicios básicos, (portadores y teleservicios), entre los cuales se encuentra la telefonía, tanto fija como móvil y móvil-celular, según lo regla el art. 28 del decreto-ley 1900 de 1990, solamente pueden ser prestados: a) *Directamente* por la Nación, las entidades territoriales (Departamentos, distritos, municipios) , los entes descentralizados de esos órdenes, o por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades ya mencionadas; o b) *Indirectamente,* previo contrato de concesión de servicio o licencia celebrada u otorgada por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de ley, por personas naturales o jurídicas de derecho privado COLOMBIANAS, como lo preceptúa de manera restrictiva el art. 5o. de la Ley 72 de 1989, disposición que la Sala encuentra quebrantada de manera ostensible por el acto acusado, sin que sea válida la argumentación que pudiera presentarse en el sentido de que, a diferencia de la ley precitada, el decreto-ley 1900 de 1990 no establece la restricción para las personas, naturales o colectivas, de prestar los servicios de telecomunicaciones en el país, por gestión indirecta, es decir, previo contrato de concesión o licencia o permiso administrativo, pues el decreto ley 1900 precitado se dictó con fundamento en las facultades concedidas al Gobierno por el Congreso de la República y no podía ir más allá o con desconocimiento

del ordenamiento legal con base en el cual se dictó y que le sirve de soporte jurídico.

De modo que, encontrándose ese quebrantamiento *prima facie* del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989 por parte de la disposición acusada, en cuanto ella permite la intervención de empresas extranjeras en el proceso de registro, *licitación*, *adjudicación*, *contratación* y *prestación del servicio* en forma directa o asociándose con terceros, debiendo para ello simplemente constituirse en Colombia con arreglo a la legislación del país una sociedad especializada en telecomunicaciones, la que "para todos los efectos legales" tendrá "el carácter de sociedad colombiana", lo que, por lo demás observa la Sala, también desconoce el precepto contenido en el artículo 469 del C. de Co., es incuestionable que el acto acusado debe ser suspendido provisionalmente en sus efectos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. Admitir la demanda de nulidad promovida por el ciudadano OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ, en relación con el artículo 5o. del decreto reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el gobierno nacional, y tener como parte demandada a LA NACION-Ministerio de Comunicaciones y Departamento Nacional de Planeación-, representada por los jefes de dichos organismos administrativos.

En consecuencia, se dispone :

a) Notifíquese personalmente a la señora Delegada de la Procuraduría General de la Nación ante esta Sección.

b) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda, con entrega de copia de ella y de sus anexos, a los señores Ministro de Comunicaciones y Director del Departamento Nacional de Planeación, en los términos de ley.

c) Deposite el demandante en la Secretaría de la Sección, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) , para eventuales gastos del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de ley, para los efectos indicados en el artículo 207-5 y 208 del C. C, A.

2o. Decrétase la suspensión provisional del artículo 5o. del decreto reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA-Facultades **TASA**-Fijación/ **CONGRESO**- Funciones/**SUPREMACIA CONSTITUCIONAL/ ACUERDO DE CARTAGENA/ TEORIA DUALISTA DE LA CONSTITUCION**

Cuando el artículo 120 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena faculta a las "oficinas nacionales competentes" para "establecer las tasas que consideren necesarias para la tramitación de los procedimientos" relativos a Propiedad Industrial, no precisó a qué entidad de los países miembros competía el ejercicio de dicha potestad impositiva. La validez, obligatoriedad y aplicación de las normas supranacionales, derivan su sustento de normas constitucionales, tanto de la antigua como de la nueva Carta. Esa normatividad constitucional prevé, por consiguiente, que la regulación contenida en esos tratados o convenios será la que determina el ámbito de competencia de los organismos supranacionales. Y como para el caso de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no se le ha transferido competencia en materia impositiva - para establecer tasas-, tal atribución corresponde al Congreso de la República. Respecto de la censura de que las normas supranacionales tienen preeminencia en el derecho interno, la Sala observa que derivando de ellas su validez y obligatoriedad de la Constitución Nacional no puede predicarse su prevalencia sobre ésta. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución No. 334 de 10 de abril de 1992, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1993. Recurso de reposición contra el auto de mayo 15 de 1992. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto oportunamente por el señor apoderado de la parte demandada, contra el proveído de 15 de Mayo del presente año, mediante el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la Resolución número 334 de 10 de Abril de 1992, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.- FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Por encontrar que la demanda y sus anexos estaban ajustados a las formalidades previstas en los artículos 137 a 142 del C.C.A., la Sala la admitió. Decretó además la suspensión provisional de la Resolución 334 acusada, con fundamento en las siguientes razones:

El artículo 120 de la Decisión 313 de a Comisión del Acuerdo de Cartagena, es del siguiente tenor:

"Las oficinas nacionales competentes podrán establecer las tasas que consideren necesarias para la tramitación de los procedimientos a que hace referencia la presente decisión".

De acuerdo con la norma comunitaria transcrita corresponde a cada país miembro determinar, en ejercicio de su soberanía, cuál es la oficina nacional competente para fijar las tasas a que ella alude. Será, por consiguiente, el Derecho Interno de dichos países el que hará tal fijación. Para el caso particular de Colombia habrá que atender las prescripciones de la Constitución sobre la materia.

La Resolución acusada, aduciendo estar facultada por la norma comunitaria antes enunciada, dispuso fijar las tasas para la tramitación de los procedimientos a que hace alusión la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que es sustitutiva de la Decisión 311 de la misma, y que señala el régimen común sobre propiedad industrial.

En Colombia por mandato expreso de los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Nacional compete en forma privativa a las corporaciones de elección popular, como son el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Distritales y Municipales, imponer contribuciones, vocablo genérico que se ha entendido como compresivo de impuestos, tasas y contribuciones. Tal atribución, deben ejercitarla dichas corporaciones, a través de la ley, las ordenanzas y los acuerdos, normas en las cuales deben fijar,

directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

Según el último precepto constitucional, si bien es cierto que las normas enunciadas pueden permitir que las autoridades -se entienden las administrativas, puntualiza la Sala- fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación de los beneficios que les proporcionen, también lo es que el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por dichas normas.

En el caso sub-examine, la Superintendencia de Industria y Comercio desatendió claramente la preceptiva de los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Carta, pues resolvió fijar las tasas para la tramitación de los procedimientos a que alude la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, arrogándose así una atribución que es privativa del Congreso de la República, desconocimiento que amerita que se decrete su suspensión provisional.

II.- LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

El apoderado de la parte demandada, en el escrito de sustentación del recurso impetra: de manera principal, la revocatoria en todas sus partes del auto mediante el cual se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de la Resolución demandada y que, en su reemplazo, la demanda sea inadmitida; y de manera subsidiaria, la revocatoria del decreto de suspensión provisional de la Resolución mencionada.

Como motivos de discrepancia con el auto recurrido manifiesta los siguientes:

1°): *La Oficina Nacional Competente a que se refiere la Decisión 313 es la Superintendencia de industria y Comercio.*

El artículo 30 del Código Civil Colombiano determina, como regla general de interpretación de la ley, el siguiente principio : "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". En aplicación del citado principio, para la determinación de lo que se debe entender por "oficina nacional competente", será necesario ubicar dicho término en el contexto de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Los artículos 3º ordinal b, 13 inciso 1º y último, 18, 20 inciso 3º , 21, 22 inciso 1º, 23, 26, 27, 28, 38, 44, 45 inciso 2º, 52 inciso 1º, 59 último inciso, 61, 63 ,68 último inciso,74, 76 incisos 1ºy último,79, 80, 81, 83, inciso 1º , 84 ,85 ,88, 92, 98, 105, 115 inciso 1º , 120 y 121 de la Decisión 313, hacen todos referencia a la "oficina nacional competente". La lectura

de la totalidad de dichas referencias permite determinar inequívocamente, con claridad meridiana, que en el contexto de la Decisión 313 la locución "oficina nacional competente" está indiscutiblemente referida a la entidad administrativa encargada de administrar el sistema nacional de la propiedad industrial en cada uno de los países miembros.

No existe, pues, una sola referencia en la Decisión 313 al término "oficina nacional competente", que pueda siquiera poner en duda que tal dependencia es la autoridad administrativa legalmente facultada para pronunciarse sobre todas las materias relativas a la propiedad industrial, vale repetir, la Superintendencia de Industria y Comercio.

Es decir, según los términos de la Decisión 313 corresponde a la "oficina nacional competente", adelantar todos los trámites relacionados con la propiedad industrial, recibir las solicitudes de registro, admitirlas, publicarlas, examinarlas, decidir sobre las observaciones, conceder registros de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y marcas y señalar las tasas correspondientes a los trámites en estas materias.

Tan claro es para el legislador andino el entendimiento de lo que significa "oficina nacional competente" que la propia Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuando defiere al ordenamiento jurídico interno el señalamiento de competencias distintas a las relativas a la propiedad industrial, utiliza términos diferentes al de "oficina nacional competente". La anterior afirmación encuentra sustento en las disposiciones que se enuncian a continuación:

a.- El régimen de licencias relativas a patentes establece que: los contratos deberán ser registrados ante el *organismo nacional competente*, organismo que podrá abstenerse de hacer el registro en los eventos previstos en el artículo 40 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (artículos 39 y 40 Decisión 313). El Decreto 575 de 1992 identifica al INCOMEX como dicho organismo competente, para el caso colombiano.

b.- En lo relativo a licencias obligatorias, *la autoridad competente* podrá otorgarlas en los eventos previstos por la Decisión 313 y podrá fijar el monto de las compensaciones que por dicho motivo se causen. Esta función, que en Colombia es de naturaleza judicial, supone que para ello, *la autoridad competente* (los jueces) tendrá en cuenta criterios y condiciones que *la oficina nacional competente* (Superintendencia de Industria y Comercio) estime convenientes (artículos 41, 42 y 45 Decisión 313).

c.- Los artículos 51 inciso 1º, 69 inciso 1o. y 102 inciso 1º que se refieren a la nulidad de patentes de invención y de modelos de utilidad, y nulidad del registro de diseños industriales y de marcas respectivamente,

asignan la competencia para decretar dicha nulidad a *la autoridad nacional competente*, que según el ordenamiento interno es la rama jurisdiccional.

d.- Finalmente, para efecto de acreditar la exposición de una marca en una feria se requiere certificación expedida por *la autoridad competente* de la exposición (artículo 86. Decisión 313).

También debe señalarse que la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cada vez que remite el tratamiento específico de una materia a la legislación doméstica, lo hace de manera expresa. Para comprobar esta afirmación basta revisar los siguientes artículos de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena: el 49 inciso 2º , el cual dispone que el procedimiento para la concesión de licencias obligatorias será el que establezcan "... las legislaciones internas de los Países Miembros";el 51, que establece que el procedimiento para declarar la nulidad de una patente se sujetará a "... las disposiciones internas de cada País Miembro"; el 62 que para el trámite de las observaciones remite a las "... legislaciones nacionales de los Países Miembros". Y con el mismo sentido y alcance pueden leerse los artículos 73 ordinal f, 77 ordinal e, 102 inciso 2º , 103 inciso 2º, 105, 107 inciso 1º, e) 116, 117 inciso 3º , 118 y 119.

En el caso del artículo 120 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena está completa y claramente previsto que el señalamiento de las tasas para los trámites de propiedad industrial corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, que es la Oficina nacional competente, por lo cual no existe vacío normativo que haga procedente la aplicación del derecho interno, como infortunadamente lo entiende el demandante y lo acepta el Consejo de Estado en la providencia cuya revocatoria se solicita.

2º): *El Decreto 575 de 1992 define cuál es la oficina nacional competente y no fue tenido en cuenta en el auto que decretó la suspensión provisional.*

En Colombia existe, y se encuentra produciendo plenos efectos legales el Decreto 575 de 1992, norma reglamentaria de la Decisión 313 del mismo año y apoyo normativo de la Resolución 334, en el cual se expresa, a todo lo largo del articulado, que la oficina nacional competente en materia de propiedad industrial es la Superintendencia de Industria y Comercio y que corresponde a dicha entidad adelantar la tramitación de los procedimientos vinculados con la propiedad industrial.

3º): *Las normas supranacionales tienen preeminencia sobre el derecho interno (Supranacionalidad dela Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena).*

El Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino), suscrito en Bogotá el 26 de Mayo de 1969, que entró en vigor el 16 de Octubre del mismo año, conformó el llamado Grupo Andino; según el texto oficial codificado del Acuerdo de Cartagena de 1988, promulgado en Colombia mediante Decreto 0113 del 22 de Enero de 1992, tiene por objeto:

> " "Artículo 1º. El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado de los Países Miembros en condiciones de equidad, *mediante la integración* y cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano..." " (subrayas del recurrente).

La integración implica, como la Corte Suprema de Justicia lo señaló en sentencia del 1º de Septiembre de 1988, con ponencia del doctor Jaime Sanín Greiffestein, que "...el país, permitiéndolo así su Constitución , a puesto en manos de entidades supranacionales en aras de la integración, *decisiones que, como soberano, le corresponderían exclusivamente* y que tienen una influencia muy profunda en su organización y en su pueblo. "*El Acuerdo de Cartagena ha adquirido así competencias legislativas, respecto de materias determinadas, para que sean ejercidas de manera exclusiva por la entidad, de forma tal que* "...una vez limitadas sus potestades como lo fueron, *el Congreso no podía reservarse competencias legislativas como condición para la operancia interna de las reglas comunitarias*" (subrayas del recurrente).

Por ende y como en reiteradas oportunidades lo han sostenido tanto el Tribunal Andino de Justicia, como la Corte Suprema de Justicia y el Honorable Consejo de Estado, se tienen como características del Derecho Común Andino, las siguientes:

Independencia: " "El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales,..." " (Tribunal Andino de Justicia, pronunciamiento de 3 de Diciembre de 1987, Proceso IP-87).

Preeminencia y aplicación inmediata del Derecho común Andino: Prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales. Adicionalmente, las disposiciones comunitarias expedidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena son de carácter vinculante en los Países Miembros sin que se requiera, como principio general, ningún requisito para su incorporación al derecho interno. En este sentido se pronunció la misma Comisión al declarar como concepto válido que: "...el ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en le marco de sus competencias, sobre las normas

nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros. " " (sentencia ya citada del Tribunal Andino).

La Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 6 de Febrero de 1992, pubicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Año IX - Número 101 el 14 de Febrero de 1992, es entonces parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, según el artículo 1º del tratado constitutivo del Tribunal Andino de Justicia ; en consecuencia, es una norma de aplicación inmediata y preeminente respecto de cualquier disposición interna.

Considerado el articulado de la Decisión 313, se observa que el legislador andino establece en ella el régimen común sobre la Propiedad Industrial, regulando globalmente la materia sobre la cual recae, es decir, los derechos que componen la Propiedad Industrial, los procedimientos para obtenerlos y el señalamiento de la autoridad competente para la fijación de las tasas de los mismos. Y le son aplicables las características antes mencionadas en cuanto a independencia, preeminencia y aplicación inmediata del Derecho Andino.

4º): *No es legalmente procedente confrontar directamente la Resolución 334 frente a las disposiciones constitucionales:*

Para todos los efectos enunciados de la legislación supranacional, no resulta viable confrontar directamente la Resolución 334 de la Superintendencia de Industria y Comercio con normas de rango constitucional. Dicha confrontación debe efectuarse frente a la Decisión 313 y al Decreto 575 de 1992, que le sirven de sustento. Solamente determinando la falta de sujeción de la Resolución 334 a las disposiciones en que se fundamentó, ausencia de correspondencia que no existe, resultaría viable una eventual suspensión provisional.

La improcedencia de acudir directamente a la Constitución Nacional, para un análisis de legalidad, donde hay normas supranacionales de por medio, la pone en evidencia la sola lectura del numeral 24 del artículo 150 de nuestra Constitución Política, que radica en el Congreso de la República la función de expedir el régimen de Propiedad Industrial. Desde hace tres lustros ese régimen, para Colombia, no ha sido expedido por el Congreso, sino por Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (85, 311, 313), sin que a nadie se le haya ocurrido sostener , sobre todo después de innumerables pronunciamientos de las más altas corporaciones judiciales de nuestro país, que tales regulaciones son contrarias a la Constitución Nacional. Es exactamente el mismo fenómeno jurídico que aparece con la Decisión 313, artículo 120, y la Resolución 334 de 1992 que la desarrolla: tienen fundamento en un tratado subregional que tiene soporte, sustento y explicación en la propia Constitución Nacional.

5º): *El artículo 338 de la Constitución Política no es aplicable al caso examinado:*

El alcance del artículo 338 de la Constitución Política de Colombia debe ser analizado en concordancia con el artículo 359 de la Carta, según el cual, "No habrá rentas nacionales con destinación específica." Los recaudos que se realizan por concepto del cobro de las tarifas correspondientes a los trámites de solicitudes relacionadas con la Propiedad Industrial constituyen una renta nacional. No es el presupuesto de la Superintendencia de Industria y Comercio el destino de las sumas que por el concepto antes descrito se recauden; tales recaudos, a través de la Superintendencia, en su calidad de organismo administrativo del orden nacional, que tiene funciones de simple recaudador, son transferidos al presupuesto general de la Nación. En consecuencia una eventual ley que determine el sistema y el método para que la misma Superintendencia recupere los costos del servicio que preste, o para que dicha entidad participe de los beneficios que proporciona y que además determine la forma de hacer el reparto de los recaudos, para pretender satisfacer las exigencias del artículo 338 de la Carta, necesariamente le crearía una destinación específica a una renta nacional, lo cual, según el artículo 359 antes citado estaría viciado de inconstitucionalidad. Por consiguiente, la exigencia que hace el inciso 2º del artículo 338 de la Constitución Política, en relación con "el sistema y método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto", debe entenderse referida a aquellas rentas nacionales que puedan tener destinación específica, que no son otras que las que la misma Constitución prevé en el citado artículo 359, vale decir, las participaciones en favor de los Departamentos, Distritos y Municipios; las destinadas para inversión social ; y las que la Nación asigne a entidades de previsión social y a las antiguas Intendencias y Comisarías.

III.- LA OPOSICION DEL DEMANDANTE AL RECURSO.

El demandante al descorrer el traslado del recurso manifestó que las peticiones del apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio no son procedentes por las siguientes razones:

1º): La admisión de la demanda es inatacable por cuanto el Honorable Consejo de Estado es competente para decidir la cuestión planteada en ella, la acción ejercitada es la prescrita por la ley y la demanda cumple con los requisitos formales establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

2º): Nadie discute que en Colombia, dentro del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Oficina Nacional Competente para la aplicación del Régimen Común de la Propiedad Industrial adoptada por la Comisión del mismo Acuerdo, contenido

actualmente en la Decisión 313. Pero el asunto que aquí se plantea no es éste. La demanda impugna la Resolución 334 de 1992, originaria de la Superintendencia de Industria y Comercio, porque ni la Comisión del Acuerdo de Cartagena ni la Superintendencia de Industria y Comercio tienen competencia para fijar las tasas de los procedimientos para hacer efectivos los derechos de tal forma de propiedad.

En efecto, en el Acuerdo de Cartagena, en su artículo 27, se atribuyó competencia para dictar el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, materia específica que no comprende la potestad de fijar contribuciones o tasas, ya que ésta es una competencia constitucional de los países miembros que no fue transferida explícitamente a ninguno de los organismos del Acuerdo de Cartagena. Por tanto, no hay base para sostener que la Superintendencia dictó la Resolución número 334 de 1992, ejercitando la competencia que para tal efecto le habría conferido la Comisión del Acuerdo en el artículo 120 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Y, por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de tal competencia, en razón de que los organismos nacionales sólo pueden señalar este tipo de tasas cuando se les haya delegado expresamente tal facultad, mediante ley de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Nacional.

3º): De consiguiente, cuando la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena en su artículo 120, remite el señalamiento de las tasas a la Oficina Nacional Competente se refiere a la que en cada uno de los países miembros se ha señalado por la Constitución Nacional o la ley interna como competente para señalar contribuciones o tasas, que en el caso colombiano es, en principio, el Congreso Nacional, a menos que esa misma corporación haya delegado tal atribución en otro organismo o en la Superintendencia citada.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En relación con la petición principal que hace el recurrente de que se revoque en todas sus partes el auto de 15 de Mayo del presente año, tanto en lo referente a la admisión de la demanda como a la suspensión provisional de la Resolución acusada, la Sala estima que no es atendible en lo atinente a la admisión del libelo demandatorio dado que no se formula censura alguna respecto de su contenido y particularmente sobre los requisitos formales y anexos, así como tampoco sobre la procedencia de la acción.

Por lo antes expuesto, la Sala concretará el análisis del recurso a la petición subsidiaria, esto es, a las censuras que se formulan al decreto de suspensión provisional, a lo cual se procede de la siguiente manera:

IV.1.- En lo tocante a las dos primeras censuras que plantea el recurrente: que la oficina nacional competente a que se refiere la Decisión

313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en sus artículos 3o. ., 13, 18, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 38, 44, 45, 52, 59, 61, 63, 68, 74, 76, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 88, 92, 98, 105, 115, 120 y 121 es la Superintendencia de Industria y Comercio, porque cuando señala a otras autoridades competencias distintas a las relativas a propiedad industrial utiliza otros términos: organismo nacional competente (artículos 39 y 40), autoridad nacional competente (artículos 41, 42, 45, 51, 69 y 102) y autoridad competente (artículos 86) y que el Decreto 575 de 1992, reglamentario de la citada Decisión, hace igual señalamiento, la Sala considera:

1.- Cuando el artículo 120 de la Decisión 313 en referencia faculta a las "oficinas nacionales competentes" para "establecer las tasas que consideren necesarias para la tramitación de los procedimientos" relativos a Propiedad Industrial, no precisó la Comisión del Acuerdo de Cartagena a qué entidad de los países miembros competía el ejercicio de dicha potestad impositiva.

2.- Esa indeterminación de la Comisión del Acuerdo de Cartagena obedece a que las atribuciones que tiene como órgano máximo del Acuerdo de Cartagena están claramente delimitadas en éste. Es así como en el Texto Oficial Codificado 1.988 del Acuerdo de Cartagena (promulgado en Colombia mediante el Decreto 0113 de 22 de Enero de 1992) se estatuye lo siguiente: el artículo 6o. consagra a la *Comisión del Acuerdo de Cartagena como órgano máximo del Acuerdo y "como tal tiene capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia*"; y el artículo 27 la faculta, a propuesta de la Junta, para aprobar y someter a la consideración de los países miembros un régimen común, entre otros, sobre marcas, patentes , licencias y regalías, vale decir, sobre propiedad industrial, el cual debe ser puesto en práctica por dichos países.

La atribución legislativa antes enunciada no resulta comprensiva, por consiguiente, de la de establecer tasas para la tramitación de los procedimientos sobre propiedad industrial.

3.- La validez, obligatoriedad y aplicación de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena debe interpretarse a la luz de las normas constitucionales. Al respecto cabe observar que el artículo 150 ordinal 16 de la nueva Carta establece como función del Congreso la de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Prevé igualmente el citado ordinal que por medio de dichos tratados podrá el Estado "transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".

En idéntica perspectiva el ordinal 18 del artículo 76 de la Constitución de 1.886 había establecido también que por medio de tratados o convenios podía "el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad,

sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".

Lo anterior pone de presente que la validez, obligatoriedad y aplicación de las normas supranacionales, como las de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, derivan su sustento de normas constitucionales, tanto de la antigua como de la nueva Carta.

4.- Esa normatividad constitucional prevé, por consiguiente, que la regulación contenida en esos tratados o convenios será la que determina el ámbito de la competencia de los organismos supranacionales. Y como, para el caso de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no se le ha transferido competencia en materia impositiva -para establecer tasas-, tal atribución corresponde al Congreso de la República, en los términos de los artículos 150 ordinal 16 y 338 de la Constitución Nacional, conforme se puntualizó en el auto recurrido. Por lo tanto, cuando el artículo 120 de la Decisión 313 habla de oficina nacional competente debe entenderse el Congreso y no la Superintendencia de Industria y Comercio, pues ni el acto ni el Decreto Reglamentario 575 de 1.992 pueden desatender la preceptiva de la Carta.

IV.2.- Respecto de la censura de que las normas supranacionales tienen preeminencia en el derecho interno, la Sala observa que derivando ellas su validez y obligatoriedad de la Constitución Nacional no puede predicarse su prevalencia sobre ésta . Tal aserto del recurrente resulta totalmente infundado ya que la Constitución, según su artículo 4º., es norma de normas. No puede haber en Colombia precepto alguno por encima de ella. Como ya se ha dicho por la Corte Suprema de Justicia y esta Corporación, la preeminencia de las normas comunitarias, y particularmente las de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solamente se predica en relación con las normas legales que le sean contrarias, verbigracia, las referentes al régimen común de propiedad industrial.

IV.3.- Respecto de las dos últimas censuras, sobre no confrontación de la Resolución acusada con las normas constitucionales y no aplicación del artículo 338 de la Carta, la Sala considera que no son atendibles por las consideraciones precedentes y las hechas en el auto recurrido.

El análisis anterior permite a la Sala concluir que como el recurrente no logró desvirtuar las razones tenidas en cuenta para suspender provisionalmente la Resolución acusada, debe mantenerse en firme el auto que así lo dispuso.

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

RESUELVE:

No se repone el punto III del auto de 15 de Mayo de 1992, que decretó la suspensión provisional de la Resolución demandada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veinticuatro (24) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ARANCEL DE ADUANAS/ LICENCIA DE IMPORTACION- Procedimiento/ **MULTA-** Improcedencia / **CONGRESO DE LA REPUBLICA-** Facultades

Al establecer el acto acusado el procedimiento de encuestas tendientes a la modificación del arancel de aduanas, propiciando con dicho mecanismo determinar los niveles de protección arancelaria que permitieran proteger los intereses de los consumidores y , como consecuencia de ello, eliminar en breve plazo la licencia previa, éste se adecúa prácticamente en su integridad a las directrices generales trazadas por normas superiores. En cuanto a la consagración de una sanción consistente en una multa al participante que no utilizó la licencia de importación, sin darle a éste la oportunidad de exponer previamente las razones por las cuales tal hecho ocurrió, la Sala observa que ni en la Ley 6 de 1971 ni en el artículo 9o. de la Ley 48 de 1983 ni en ninguno de sus otros artículos se consagra la facultad sancionatoria de multa. " Las sanciones, así sean administrativas, deben estar previstas en norma de categoría legal". DECLARA LA NULIDAD del artículo 8o. del Decreto 503 de 2 de marzo de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo .-Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº.1536. Actor: Rafael Ostau De Lafont Pianeta

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 Rafael Ostau De Lafont Pianeta, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el Decreto 503 de 2 de marzo de 1990, expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico.

I.- ANTECEDENTES

a.-El acto acusado.

Es el citado "por el cual se establece el procedimiento de encuestas para la modificación del arancel de aduanas y se dictan otras disposiciones", cuyo contenido se encuentra en el Diario Oficial No. 39.212 de la misma fecha en que fue expedido y obra a folios 1 y 2 del expediente.

b.- Los hechos de la demanda (fls. 18 y 19)

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

En virtud de los objetivos programados dentro de la "apertura económica", se expidió el decreto acusado mediante el cual el Gobierno Nacional, fundándose en las leyes marco sobre aduanas (Ley 6a. de 1971) y Comercio Exterior (Ley 48 de 1983), pretendió modificar el Arancel Aduanero, pero terminó por establecer un nuevo sistema para la aprobación de Licencias de Importación, con el agravante de que creó un impuesto adicional y tomó una serie de medidas que difícilmente se ajustan a los fines previstos, todo ello en desmedro del ordenamiento jurídico vigente.

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

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls. 19 a 33):

Primer cargo.- Dice el actor que hay violación de los artículos 205 y 120, numerales 3o. y 22 de la Constitución Nacional de 1886, dado que la demanda fue presentada cuando ésta regía, como consecuencia del desbordamiento de las leyes marco de aduanas y de comercio exterior que se invocan como fundamento del decreto demandado, toda vez que tales leyes

no contienen principios generales o facultades para que el Gobierno hubiera tomado las decisiones que adoptó en el decreto cuestionado.

De acuerdo con el numeral 22 del citado artículo 120 de la Carta Política, el Presidente de la República tiene la facultad de regular el comercio exterior y modificar el régimen de aduanas, pero con sujeción a la ley, que para tal efecto son las denominadas "leyes marco", cuyos contenidos determinan el límite de los reglamentos que en virtud de ellas se expidan.

Pero lo que se estableció en los artículos 1 a 12 del decreto impugnado fue un procedimiento nuevo para la aprobación de licencias de importación, llamado de encuestas, donde obliga al particular interesado a pagar anticipadamente un tributo que en ese momento no se ha causado, que es una adición al arancel aduanero, y también se crea una sanción, consistente en una multa, como consecuencia de la infracción administrativa que erige por la no utilización de una licencia de importación aprobada por el mencionado procedimiento de encuestas.

Este procedimiento, al igual que el que se consagra en los artículos 13 y 14 sobre los mecanismos que podrían conducir a la adopción de los gravámenes arancelarios adicionales, y lo relativo al traslado a la lista de libre importación de las partidas igualmente sujetas al procedimiento de las encuestas; y el que se consigna en los artículos 15 a 17 que regula particularmente lo atinente al gravamen arancelario aplicable y su identificación en la licencia, fue establecido con fundamento en la Ley 6a. de 1971, sin que tal Ley permitiese la adopción de esas medidas, por lo cual es evidente el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y clara la violación del artículo 9o. de la Ley 48 de 1983, que faculta al Gobierno para adoptar medidas tendientes a combatir las prácticas desleales del comercio exterior, sin que ello implique establecer "gravámenes adicionales", en lo que incurre el decreto impugnado al facultar a una entidad administrativa para imponerlo, sin que haya sido creado por el Congreso.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 43 y 206 de la Constitución Política. Dado el carácter de impuesto que tiene el arancel aduanero es evidente que, de acuerdo con el artículo 43 de la Carta, su establecimiento le corresponde al Congreso de la República. Cualquier otro arancel que quiera establecerse o cualquier cambio o adición que quiera introducirse con respecto al arancel vigente, debe hacerlo el legislador ordinario o extraordinario, según el caso.

El Gobierno mediante un decreto reglamentario, el 503 de 1990, creó un arancel adicional sin facultad para ello, según lo describen los artículos 1o., 3o., 5o., 6o, 7.o, 10o., a 16o. y 20 de dicho decreto.

También el Decreto 503 de 1990 vulnera el artículo 206 de la Constitución, por cuanto creó un impuesto adicional que no figura en el

Presupuesto de Rentas, ya que el presupuesto de 1990 entró a regir el 1o. de enero pasado, antes de la expedición de aquel acto acusado, y en la Ley correspondiente no se contempla tal ingreso.

Tercer cargo.- Violación del artículo 135 de la Constitución Política. Se quebranta esta norma por el decreto impugnado a través de sus artículos 1o., tercer inciso; 3o., tercer inciso y 4o., mediante los cuales se faculta al Consejo Directivo de Comercio Exterior para regular lo concerniente al señalamiento de las disposiciones arancelarias objeto de las encuestas ; para establecer por vía general los demás trámites y procedimientos a los cuales deben ajustarse las personas o entidades que voluntariamente deseen participar en las encuestas, y para señalar las bases de éstas. Con estas determinaciones el Presidente delega una de sus funciones como suprema autoridad administrativa, la potestad reglamentaria, en una entidad distinta de las señaladas en el artículo citado.

Cuarto cargo.- Se viola el artículo 7o., literal c) del Decreto Extraordinario 444 de 1967, por cuanto en ninguna de las disposiciones del decreto 503 de 1990 se determina la exigencia de la Licencia Previa como factor de coordinación de planes de desarrollo económico y social alguno, como se previene en aquella norma legal. Hay también violación de los artículos 67, 69, 72, inciso 2o., y 77 parágrafo 1o. del Decreto 444 de 1967, porque de acuerdo con estas disposiciones la importación de bienes está sujeta a dos regímenes: el de la libre importación y el de licencia previa, con base en las condiciones y criterios que los mismos preceptos disponen al respecto, y el Decreto 503 de 1990, en su integridad, crea un nuevo régimen no contemplado en los textos legales señalados cuando condiciona la aprobación de una licencia de importación al seguimiento de un procedimiento que la ley no ha previsto en parte alguna, y , en fin , regula una materia completamente distinta.

Quinto cargo.- El artículo 8o. del Decreto 503 de 1990 es violatorio del artículo 26 de la Carta Fundamental en cuanto faculta a un ente administrativo para imponer sanciones con notorio desmedro del fundamental derecho de defensa, ya que el participante es multado sin que se le permita previamente exponer las razones por las cuales no puede utilizar la Licencia de Importación dentro de los plazos señalados.

d.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 62 a 68 y 160 a 165):

Con relación al *primer cargo*, dice que para dar desarrollo al artículo 205 de la Carta, fue expedida la Ley 6a. de 1971, cuya finalidad no es otra

que la de posibilitar el ejercicio de la facultad gubernamental de introducir modificaciones tanto al régimen de aduanas como a la tarifa que señala los gravámenes arancelarios.

Tampoco hubo desbordamiento de la Ley 48 de 1983 porque ésta, en su artículo 9o., faculta al Gobierno Nacional para la expedición de preceptos en virtud de los cuales el Estado ampare la producción nacional y evite los perjuicios que se deriven de las prácticas desleales del comercio exterior, principio que desarrolló el decreto acusado en el artículo 8o., previendo la imposición de multas para contrarrestar tales prácticas.

Con referencia al *segundo cargo*, afirma que no hubo violación de los artículos 43 y 206 de la Constitución Nacional, ya que no se trata de la creación de un nuevo tributo, toda vez que el procedimiento de encuesta tiene como fin el de determinar los niveles arancelarios que permitieran eliminar en breve plazo el requisito de la licencia previa para la importación de determinadas mercancías. Los gravámenes arancelarios que fueran propuestos por los importadores no constituyen un impuesto nuevo sino una variación de la tarifa, para lo cual se encuentra facultado el Gobierno Nacional, en desarrollo del literal e) del artículo 1o. de la ley 6o. 1971.

En cuanto al *tercer cargo*, afirma la defensa que no hubo delegación de la potestad reglamentaria, si se tiene en cuenta que la distribución mensual para la ejecución del presupuesto periódico de divisas, así como el procedimiento, forma de presentación, características y trámites de los registros y licencias de importación, fue asignado al Consejo Directivo de Comercio Exterior en virtud del artículo 76 del Decreto 444 de 1967.

En lo que respecta al *cuarto cargo*, manifiesta que el requisito de Licencia Previa es un mecanismo mediante el cual el Gobierno Nacional regula las importaciones, en la medida en que lo juzgue necesario, tal como lo señala el artículo 7o. del Decreto Ley 444 de 1967. Además, uno de los objetivos que busca la regulación de las importaciones a través del requisito de licencia previa, consiste en "Coordinar la política de importaciones con los planes de desarrollo económico y social", como el trazado por el CONPES en el sentido de eliminar la restricción de la Licencia Previa, que recoge el decreto demandado.

Tampoco se violan los artículos 67, 69 y 77 del Decreto Ley 444 de 1967, por cuanto no se creó un nuevo régimen diferente al de Libre importación y al de Licencia Previa, ya que lo que estableció el Decreto 503 de 1990 fue un procedimiento que permitiera estudiar y evaluar la eliminación del requisito de licencia previa.

En lo atinente al *quinto cargo*, expresa la demandada que al establecer el Decreto 503 des 1990 una sanción administrativa, no desbordó el artículo

26 de la Constitución, por cuanto la Ley 48 de 1983, faculta al Gobierno Nacional para que dicte los preceptos en virtud de los cuales se ampare la producción nacional y se eviten los perjuicios que se deriven de prácticas desleales de comercio exterior, así como el señalamiento de los organismos competentes y los procedimientos para hacerlos aplicables.

e.- 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:

Por auto de 7 de septiembre de 1990 (fls. 40 a 43) se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada.

Mediante proveído de 1o. de marzo de 1991 se decretó como prueba de oficio el Documento CONPES DNP - 2.465- J del 22 de febrero de 1990 (fl. 157).

Mediante auto de 25 de abril de 1991, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para su vista de fondo. Aquellas hicieron uso del mencionado derecho (fls. 160 a 168) y la señora Agente emitió su concepto (fls. 170 a 175).

II.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público manifestó estar en un todo de acuerdo con la argumentación aducida por la señora apoderada del Ministerio de Desarrollo y considera por tanto que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

III.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Procede la Sala a resolver el litigio, haciendo el examen de los cargos en el mismo orden en que han sido propuestos por el actor:

En relación con el primer cargo.- Violación de los artículos 205 y 120 numerales 3 y 22 de la Constitución de 1886 y 9o. de la Ley 48 de 1983.

Según los términos de esta censura, ha habido exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, cuyo límite se halla en las leyes cuadro 6a. de 1971 y 48 de 1983, límite que fue desbordado por los artículos 1 a 17 del decreto acusado - 503 de 1990 - al establecerse en estas disposiciones un procedimiento nuevo para la aprobación de licencias de importación llamado "de encuestas", establecerse una adición al arancel aduanero y crearse,

inclusive, en el artículo 8o., una sanción de multa , con claro quebranto del artículo 9o. de la citada Ley 48 de 1983.

De conformidad con el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y el artículo 205, ibídem, (hoy de acuerdo con el artículo 189, ordinal 25, de la Constitución de 1991), compete al Presidente de la República, en su calidad de Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, entre otras cosas , regular 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 citado ordinal 22 del artículo 76 de la Carta de 1886.

El Congreso de la República , en desarrollo de esta última previsión expidió la Ley 6a. de 1971 "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".

En el artículo 1o. dispuso esta ley que las modificaciones que en el Arancel de Aduanas decrete el Gobierno, con fundamento en el artículo 205 de la Constitución Nacional, se efectuarán con sujeción a las normas generales que el mismo artículo precisa y de las cuales la Sala destaca, para los efectos del presente cargo, lo siguiente:

"e) Variación en la tarifa , con miras a la consecución de los siguientes objetivos:

"1. Estimular el crecimiento económico del país, de acuerdo con los planes y programas adoptados para el desarrollo económico y social;

"2...

"3. Regular las importaciones con miras al adecuado aprovechamiento de las disponibilidades de divisas;

"4. ...

"5. ...

"6. Servir de instrumento de control en la política de precios internos que adelante el Gobierno en defensa del consumidor y velar por el mejoramiento de la posición competitiva de los productos colombianos y,

"...".

Igualmente dictó el Congreso la Ley 48 de 1983, en cuyo artículo 9o. dispuso:

"Artículo 9o. De las prácticas desleales de comercio exterior.

"El gobierno Nacional expedirá los preceptos en virtud de los cuales el estado ampare la producción nacional y evite perjuicios que se deriven de prácticas desleales del comercio exterior. El Gobierno Nacional señalará los organismos competentes y los procedimientos para hacer aplicables dichos preceptos".

De la normatividad constitucional y legal puntualizada se infiere sin dificultad que al establecer el Decreto 503 de 1990 el procedimiento de encuestas tendientes a la modificación del arancel de aduanas, propiciando con dicho mecanismo determinar los niveles de protección arancelaria que permitieran proteger los intereses de los consumidores y, como consecuencia de ello, eliminar en breve plazo la licencia previa, éste se adecúa prácticamente en su integridad a las directrices generales trazadas por dichas normas.

En efecto, la finalidad que se advierte en la Ley 6a. de 1971, de manera especial en los apartes transcritos, es la de posibilitar el ejercicio, en la medida en que las circunstancias lo exijan, de la facultad gubernamental de introducir modificaciones tanto al régimen de aduanas como a la tarifa que señala los gravámenes arancelarios.

Para la Sala no cabe duda sobre la importancia que para el manejo económico y el desarrollo del país reviste el dotar al ejecutivo de los instrumentos necesarios que le permitan, de una manera ágil y eficiente, tomar las medidas necesarias para la protección de la industria nacional o su apertura a mercados internacionales. Indudablemente, dentro de estos instrumentos de política arancelaria está el manejo de las importaciones con sus correspondientes aranceles y licencias, que le permitan al Gobierno utilizarlos no sólo para la protección de la industria y dirección del consumo nacionales, sino también como mecanismo de control en la política de precios internos para la protección del mismo consumidor objetivo esté expresamente señalado por el Legislador de 1971 en la Ley 6a., artículo 1o., literal e), numeral 6 pretranscrito.

Entonces, si para dar cumplimiento a este objetivo se precisa del mecanismo de agilizar importaciones, excluyendo ciertos bienes del régimen de licencia previa, para la Sala no existe, al eliminar tal restricción, quebranto alguno de las normas invocadas por el actor como infringidas, ni exceso en el ejercicio de las potestades ejercidas por el Gobierno Nacional.

Sobre este "primer cargo " la señora Agente del Ministerio Público, acorde con el criterio de la parte demandada, señala que no sólo es muy genérica la impugnación en cuanto no concreta cuál o cuáles de las normas invocadas sufren quebranto mediante los artículos 1 a 12 del Decreto 503 de 1990, con lo cual coincide la Sala, sino que la Ley 6a. de 1971 fija en su artículo 1o. unas directrices a seguir por el Gobierno al ejercer su competencia constitucional de efectuar las modificaciones en el arancel de aduanas, dentro de las cuales está prevista la facultad del Gobierno para " establecer los mecanismos y reglamentaciones conducentes a la percepción adecuada y regular de los gravámenes arancelarios ". De otra parte , también señala que el artículo 9o. de la Ley 48 de 1983 confía al Gobierno la expedición de preceptos en virtud de los cuales el Estado ampare la producción nacional y evite los perjuicios que se deriven de prácticas desleales de comercio exterior y lo faculta para señalar los organismos competentes y los procedimientos para hacer aplicables dichos preceptos.

Dentro de esos mecanismos y procedimientos autorizados, concluye acertadamente el Agente del Ministerio Público, bien puede tener cabida el sistema de encuestas de que trata el decreto en cuestión, ideado por el Gobierno, como se expresa en los considerados del estatuto, a fin de realizar los estudios conducentes a la determinación del valor económico que los importadores asignan a las mercancías que tienen intención de traer al país, estudios en relación con los cuales, para que sea posible obtener el fin público que con ellos se persigue, es indispensable vigilar y garantizar la seriedad y veracidad de la información que proporcionen las personas que voluntariamente participen en ellos.

En cuanto a que con el "gravamen adicional" establecido en el decreto impugnado se quebranta igualmente la Ley 48 de 1983, basta considerar que éste no es más que una "Variación en la Tarifa de Aduanas " (Ley 6a. de 1971, art. 1o., lit. e) que, como ha quedado ampliamente explicado, es facultativo del Gobierno en la medida en que se adecúe a las previsiones y objetivos contemplados en la citada Ley 6a. de 1971, como en efecto se adecúa según lo ya expresado.

Ahora bien, en cuanto a la presunta violación del artículo 9o. de la Ley 48 de 1983 y del artículo 26 de la Constitución - como también se indica en el "Quinto cargo", por consagrar el artículo 8o. del Decreto acusado una sanción consistente en una multa al participante que no utilizó la licencia de importación, sin darle a éste la oportunidad de exponer previamente las razones por las cuales tal hecho ocurrió, la Sala observa que ni en la Ley 6a. de 1971 ni en el artículo 9o. de la Ley 48 de 1983 ni en ninguno de sus otros artículos se consagra la facultad sancionatoria de multa. Sobre este tópico en un asunto similar, esta misma Sala en fallo de 12 de junio de 1992, expediente No. 1011, actor Carlos A. Navia, con ponencia de quien redacta esta sentencia, expresó: "En consecuencia, como la jurisprudencia tradicional de la

Corporación ha sido clara en el sentido de que las sanciones, así sean administrativas, deben estar previstas en norma de categoría legal, ello implica que con la expedición del artículo aquí acusado se violó el artículo 26 de la Constitución vigente al momento de expedirse el acto, en concordancia con el artículo 28 de la misma Carta, por lo cual procede su declaratoria de nulidad".

En este orden de ideas, deviene, pues, nulo el citado artículo 8o. del Decreto 503 de 1990, en cuanto por él se estableció la sanción administrativa de multa para los eventos previstos en sus tres incisos, sin que la misma estuviese consagrada en la ley.

En consecuencia, este primer cargo sólo prospera en relación con esta última norma.

En relación con el segundo cargo. Violación de los artículos 43 y 206 de la Constitución Política de 1886. No se trata, como se afirma en este cargo, de la creación de un nuevo tributo. Los gravámenes arancelarios adicionales a los que regían en el Arancel de Aduanas, propuestos por los participantes en la encuesta, no constituyen un impuesto nuevo, sino, hay que reiterarlo, una variación de la tarifa, para lo cual el Gobierno Nacional dispone de una especifica competencia derivada del literal e) del artículo 1o. de la Ley 6a. de 1971 que es desarrollo de la preceptiva contenida en el ordinal 22 del artículo 76 de la Constitución de 1886 y 205 ibídem. Competencia esta que, al ejercerla el Ejecutivo, lo hace apropiadamente al invocar el numeral 22 del artículo 120 de la prealudida Constitución Nacional, sin que se pueda, entonces, afirmar válidamente que se quebranten los artículos 43 y 206 de esta Carta.

Por estas claras y sencillas razones, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo. Violación del artículo 135 de la Constitución Política de 1886.

A este respecto, cabe señalar que, conforme al artículo 76 del Decreto Ley 444 de 1967, la distribución mensual para la ejecución del presupuesto periódico de divisas que fije la Junta Monetaria, así como el procedimiento, forma de presentación características y trámites de los registros y licencias de importación, fue asignado a la Junta de Comercio Exterior (hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior).

En cuanto a la facultad que los artículos 1o., 3o., y 4o. del acto acusado consagran en favor del mencionado organismo para señalar las posiciones arancelarias objeto de las encuestas, la Sala considera que tal competencia no se deriva de las indicadas normas, sino que ella tiene su fuente en lo dispuesto por los artículos 68 y 208, literal e) del Decreto-Ley 444 de 1967, los cuales

señalan que corresponde a la Junta de Comercio Exterior (Consejo Directivo de Comercio Exterior) formar y modificar las listas de bienes de libre importación, de los sujetos a licencia previa y de los de prohibida importación.

En suma, el Decreto 444 consagra tales atribuciones en cabeza de dicho organismo y la Ley 48 de 1983, en su artículo 9o., in fine, autoriza al Gobierno para señalar "los organismos competentes y los procedimientos para hacer aplicables dichos preceptos", a lo cual se procedió mediante el acto acusado, por lo que no es legitimo afirmar que el Ejecutivo delegó su potestad reglamentaria.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el cuarto cargo. Violación de los artículos 7o. literal c), 67, 69, 72 inciso 2o. y 77 parágrafo 1o. del Decreto-Ley 444 de 1967.

En esta censura el actor engloba varias acusaciones. La primera es la presunta violación del artículo 7o. en su literal c) del Decreto 444 de 1967, por cuanto en el decreto demandado no se determina la exigencia de la Licencia Previa como factor de coordinación de los planes de desarrollo económico y social. Esta es una simple afirmación, sin respaldo normativo ni conceptual alguno en la demanda. Y, por el contrario, como lo señala aquél precepto, a través del requisito de licencia previa el Gobierno regulará las importaciones en la medida en que lo juzgue necesario para lograr, entre otros objetivos, la coordinación de la política de importaciones con los planes de desarrollo económico y social, como en efecto se le ha trazado en el Documento CONPES DNP 2.465- J del 22 de febrero de 1990, el cual fue debidamente decretado como prueba dentro del proceso y obra en el expediente.

De otra parte la Sala considera que no se produce violación alguna de los artículos 67, 69, 72 inciso 2o. y 77 parágrafo 1o. del Decreto-Ley 444 de 1967, toda vez que por el decreto demandado no se está creando un régimen distinto del de libre importación y del de licencia previa, como lo sostiene el actor, puesto que lo que se establece en el mismo es la realización de estudios tendientes a la eliminación del requisito de licencia previa, mecanismo mediante el cual el Gobierno Nacional regula las importaciones en la medida en que lo juzgue necesario, tal como lo señala el artículo 7o. del Decreto 444 de 1967, prealudido.

Basta la simple lectura de las citadas normas del Decreto 444 de 1967, estimadas por el actor en este cargo como vulneradas, para deducir sin dificultad alguna que ellas no son infringidas y que, por el contrario, a ellas se ajustan las previsiones del Decreto 503 de 1990, sobre el establecimiento del procedimiento de encuestas para la modificación del arancel de aduanas, finalidad plenamente justificadas por las disposiciones constitucionales y legales invocadas en el epígrafe y en los considerandos de dicho Decreto.

En relación con el quinto cargo. Violación del artículo 26 del Constitución Política de 1886. Las razones en las que el demandante sustenta este cargo consistente en la violación del artículo 26 de la Constitución Política con la tipificación en el artículo 8o. del decreto acusado de una sanción de multa fueron considerados por la Sala al examinar el "Primer cargo", por haberse incluido igualmente en aquél la misma objeción.

En consecuencia, a lo allí expuesto y concluido se remite la Sala,

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

FALLA:

Primero.- DECLARASE la nulidad del artículo 8o. del Decreto 503 de 2 de marzo de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

Segundo.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Tercero.- De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, devuélvase al actor la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) M/cte., depositados para gastos ordinarios del proceso, los cuales no fueron utilizados.

Cuarto.- Comuníquese esta sentencia a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

Quinto.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz ,Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR-Facultades/**ACTO DE TRAMITE**-Inexistencia/ **ACTO DEFINITIVO/INTERVENCION ADMINISTRATIVA/ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO/ ACTUACION ADMINISTRATIVA**

La decisión adoptada por la Superintendencia de Subsidio Familiar en el sentido de ordenar la intervención administrativa de las entidades vigiladas, no es un simple acto de trámite sino definitivo que conlleva a la imposición de una sanción y por lo mismo con él concluye la actuación administrativa. El procedimiento o actuación que debe adelantar la Superintendencia debe proseguirse conforme a lo regulado en la parte primera del C.C.A., y dentro de él las normas que establecen que el acto no es definitivo y por ende no obliga ni es ejecutable, por no estar en firme, mientras esté pendiente la decisión de los recursos. El disponer el acto acusado que la interposición del recurso de reposición contra el acto que decreta una intervención administrativa, no suspende la ejecución de dicha medida, contraría normas superiores. DECLARA LA NULIDAD del artículo 97 del Decreto 341 de 1988, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2019. Acción de nulidad contra el artículo 97 del Decreto 341 de 1988, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino.

El ciudadano VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO, 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, el cual dispone:

"La interposición del recurso de reposición contra el acto que decrete una intervención administrativa de la Superintendencia del Subsidio Familiar, no suspende la ejecución de dicha medida cautelar."

I. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Señala el actor como quebrantados con el acto acusado, los artículos 55, 62 y 64 del C.C.A.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. Que conforme a las normas citadas como transgredidas, si contra un determinado acto procede el recurso de reposición y, éste es interpuesto por el interesado, de manera oportuna, dicho acto queda en suspenso, esto es, no se encuentra en firme hasta tanto sea resuelto.

2. Que el control que corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar debe sujetarse a las leyes que la crearon y se hace operativo a través del Decreto 341 de 1988, reglamentario de las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982, más no le corresponde regular otros asuntos como el procedimiento gubernativo previsto en el C.C.A., el cual no hace ninguna excepción en cuanto a la firmeza y ejecución de los actos administrativos, por lo que el articulo 97 del Decreto 341 de 1.988 hace inoperante el recurso de reposición al decir que su interposición no impide la ejecución de la medida cautelar.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 22 de Mayo de 1992 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Se ordenó correr traslado del auto admisorio a la Nación- Ministerio de Trabajo y Seguridad y Social-, quien no se hizo parte dentro del proceso.

En la etapa procesal de traslado a las partes para alegar, concurrió, en calidad de interviniente, la Superintendencia del Subsidio Familiar, a través de apoderado, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que las normas señaladas por el actor no son aplicables al caso que nos

ocupa, ya que el acto de intervención administrativa de que trata el artículo impugnado es un acto de trámite y por lo tanto contra él no procede recurso alguno.

III. LA DESICION

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

CONSIDERACIONES:

El Decreto 0341 de 1.988, por el cual se reglamentan la Ley 25 de 1.981 que crea la Superintendencia del Subsidio Familiar y la Ley 21 de 1.982 que modifica el régimen del subsidio familiar, establece dentro del capítulo IX correspondiente al "Control de la Superintendencia del Subsidio Familiar" (arts. 77 a 101), la inspección y vigilancia sobre las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del subsidio familiar. Para el efecto señala todo el trámite administrativo que debe llevarse a cabo, comenzando desde la visita efectuada a las entidades sometidas a su control, pasando por el informe de los visitadores, del cual sí se concluye violación de normas legales o estatutarias, luego de correr traslado del pliego de cargos y dar la oportunidad para solicitar y practicar pruebas, se llega a la imposición de sanciones o al archivo del expediente.

Dichas sanciones, según se infiere del contenido de los artículos 93 y 94 ibídem, pueden ir desde la intervención que tiene por objeto la adopción de medidas administrativas necesarias para subsanar los hechos que hayan dado lugar a ella, hasta la suspensión o cancelación de la personería jurídica de la correspondiente entidad vigilada.

Significa lo anterior que:

a. La decisión adoptada por la Superintendencia del Subsidio Familiar en el sentido de ordenar la intervención administrativa de las entidades vigiladas, no es un simple acto de trámite, como lo afirma la parte interviniente, sino que por el contrario, se trata de un acto definitivo que conlleva a la imposición de una sanción, y por lo mismo con él concluye la actuación administrativa.

b. Si se tratara de un acto de trámite contra el que no procede recurso alguno, como lo indica la apoderada de la Superintendencia del Subsidio Familiar, el artículo 97 impugnado no podría contemplar precisamente la posibilidad de interponer recurso de reposición contra la decisión en que se adopta dicha medida cautelar.

De otra parte, el artículo 96 del citado Decreto estatuye:

"Toda decisión que adopte la Superintendencia del Subsidio Familiar en relación con las entidades sometidas a su vigilancia, deberá ejecutarla mediante resolución motivada, de conformidad con el código Contencioso Administrativo."

Como lo expresó esta Sala en el proveído de 22 de Mayo de 1992, al decretar la suspensión provisional, el procedimiento o actuación administrativa que debe adelantar la Superintendencia del Subsidio Familiar, debe proseguirse conforme a lo regulado en la parte primera del C.C.A., y dentro de él, los artículos 55, 62. num. 2o. y 64, establecen que el acto o providencia no es definitivo y por ende no obliga ni es ejecutable, por no estar en firme, mientras esté pendiente la decisión de los recursos.

Por esta circunstancia, el disponer el acto acusado que la interposición del recurso de reposición contra el acto que decreta una intervención administrativa, no suspende la ejecución de dicha medida, contraría las normas antes citadas y se impone por lo mismo declarar su nulidad.

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

FALLA:

DECLARASE la nulidad del artículo 97 del Decreto 341 de 1988, expedido por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

RECONOCESE personería a la abogada TERESITA DE FATIMA SALAZAR, en los términos y para los efectos del poder conferido que obra al folio 26.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

VERTIMIENTO DE RESIDUOS LIQUIDOS/ PERMISO DE VERTIMIENTO/ EMAR/MINISTRO DE SALUD/ COMPETENCIA

Del tenor literal de los preceptos acusados fluye con claridad que a través de ellos se establecen facultades en materia de vertimiento de residuos líquidos a favor de la EMAR: Entidad encargada del Manejo y Administración del Recurso, que, según el artículo 3º. del Decreto 1594 de 1984, tiene asignadas esa funciones al Inderena, el Himat, las Corporaciones Autónomas Regionales de Desarrollo y la Dimar. El señalamiento de las facultades en favor de la Emar, es decir, de una entidad diferente del Ministerio de Salud, contradice el texto del artículo 10 de la Ley 9ª. de 1979, pues éste ha radicado la competencia para señalar los requisitos y condiciones a que deben someterse los vertimientos de residuos liquidados en cabeza exclusiva del referido Ministerio. DECLARA LA NULIDAD del Decreto 1594 de 26 de junio de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, en las siguientes partes: artículo 65, parágrafo del artículo 72, parágrafo del artículo 73, el artículo 100 con su parágrafo, los artículos 101, 107, 114, 115 con su parágrafo, 118 con su parágrafo, 121 con su parágrafo, 122, 124 y 127.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1479. Acción: Nulidad Actor: Jaime Chaves Echeverri.

El ciudadano Jaime Chaves Echeverri, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación para que se decrete la nulidad del Decreto 1594 de 26 de junio de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, en las siguientes partes: artículo 65, parágrafo del artículo 72, parágrafo del artículo 73, el artículo 100 con su parágrafo, los artículos 101, 106, 107, 114, 115 con su parágrafo, 118 con su parágrafo, 121 con su parágrafo, 122, 123, 124 y 127.

I.- LOS ARTICULOS ACUSADOS.

"Artículo 65. Con fundamento en las disposiciones de este Decreto y las demás vigentes sobre la materia la EMAR fijará en cada caso las normas que deben cumplir los vertimientos a un cuerpo de agua o a un alcantarillado, previamente a la instalación, modificación, ampliación de una fuente contaminante, o desarrollo de un plan de cumplimiento por parte de cualquier usuario."

"Cuando se trate de normas específicas de vertimiento para protección de los recursos naturales, éstas deberán ser fijadas por la EMAR."

"Parágrafo del artículo 72. De acuerdo con las características del cuerpo receptor y del vertimiento, la EMAR decidirá cuál o cuáles de las normas de control de vertimiento señaladas en este artículo podrán excluirse."

"Parágrafo del artículo 73. De acuerdo con las características del cuerpo receptor y del vertimiento, la EMAR decidirá cuál o cuáles de las normas de control de vertimiento anotadas podrán excluirse."

"Artículo 100. La EMAR podrá exigir a cualquier usuario las caracterización de sus residuos líquidos, indicando las referencias a medir, la frecuencia y demás aspectos que consideren necesarios.

Parágrafo. Los usuarios tendrán, a partir de la vigencia de este Decreto un plazo de seis (6) meses para la presentación ante la EMAR, correspondiente, de la caracterización exigida. Cada año el usuario deberá actualizar la caracterización del vertimiento."

"Artículo 101. Con base en la información proveniente del registro y de la caracterización exigida al usuario, las cuales deberán presentarse por duplicado, y previa inspección técnica, la EMAR determinará si es del caso otorgar el permiso definitivo de vertimiento sin que sea necesario llevar a cabo planes de cumplimiento."

"Artículo 106. En función de las etapas de los planes de cumplimiento, la EMAR podrá otorgar los siguientes permisos de vertimiento.

a) Permiso de instalación.

b) Permiso de provisional.

c) Permiso definitivo.

"Artículo 107. Cuando quiera que a los usuarios existentes les sea aprobada la primera etapa de un plan de cumplimiento, la EMAR podrá otorgarles permiso provisional de vertimiento, vigente durante el tiempo señalado para su desarrollo.

"Artículo 114. En las providencias mediante las cuales las EMAR otorguen permisos definitivos o provisionales de vertimiento, deberá advertirse claramente que los usuarios no podrán hacer uso de ellas sin haber obtenido antes la autorización sanitaria de funcionamiento parte agua expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad en la cual éste delegue esa función.".

"Artículo 115. A partir de la fecha de ejecutoria de las providencias que otorguen los permisos definitivos o provisionales de vertimiento a que se refiere el artículo anterior, los usuarios deberán hacer llegar a la correspondiente EMAR la autorización sanitaria de funcionamiento parte residuos sólidos o la constancia de trámite de la misma, expedida por el Ministerio de Salud o por su entidad delegada.

Parágrafo. Una vez que se haya recibido la autorización a que se refiere el presente artículo, la EMAR conjuntamente con copia de la providencia mediante la cual se otorgue el permiso definitivo o provisional de vertimiento y la información constitutiva de los antecedentes contenida en el artículo 102 de este Decreto, los remitirá a la entidad a la cual corresponda el otorgamiento de la autorización sanitaria de funcionamiento parte agua a fin de que proceda de conformidad con las disposiciones del Capítulo X de este Decreto.".

"Artículo 118. Las solicitudes para renovación o prórroga del permiso de vertimiento deberán ser presentadas ante la EMAR dentro del primer trimestre del último año de vigencia. La tramitación correspondiente se adelantará antes de que se produzca el vencimiento del permiso respectivo.

Parágrafo. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia mediante la cual se renueve o prorrogue un permiso de vertimiento, la EMAR procederá a remitir al Ministerio de Salud o a

su entidad delegada la documentación pertinente a fin de que se tramite la renovación o prórroga de la autorización sanitaria - parte agua a que haya lugar.".

"Artículo 121. Los usuarios existentes que desarrollen amplificaciones o modificaciones que impliquen cambios en el tipo, cantidad o concentración de los vertimientos, deberán obtener permiso provisional de vertimiento por parte de la EMAR. Los usuarios nuevos deberán obtener permiso de instalación por parte de la misma entidad.

Parágrafo. El permiso de instalación que otorgue la EMAR comprende el de vertimiento.".

"Artículo 122. Para obtener el permiso de instalación o el permiso provisional de vertimiento por parte de la EMAR, los usuarios deberán presentar ante ésta, por lo menos, la siguiente información por duplicado:

a) Concepto sobre localización expedido por la Oficina de Planeación correspondiente.

b) Formulario de registro actualizado.

c) Proyecto de instalación, ampliación o modificación presentado de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, así como con las regulaciones de la EMAR.

d) Proyecto de ingeniería de los sistemas de control para el cumplimiento de las normas de vertimiento.

e) Caracterización teórica o práctica, según el caso, de los residuos líquidos.".

"Artículo 123. Cuando se cumplan los requisitos de información exigidos en el artículo anterior y sean aprobados, la EMAR previa inspección técnica podrá expedir a los usuarios nuevos el permiso de instalación y a los usuarios existentes que realicen modificaciones o ampliaciones, el permiso provisional de vertimientos.".

"Artículo 124. En las providencias mediante las cuales la EMAR otorguen permisos de instalación a usuarios nuevos o permisos provisionales de vertimiento a usuarios existentes que desarrollen ampliaciones o modificaciones en los términos del presente Decreto, deberá advertirse claramente que los usuarios no podrán hacer uso de ellos sin haber obtenido antes autorización sanitaria de instalación -parte agua o autorización sanitaria de funcionamiento- parte agua, según

el caso, expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad en la cual éste delegue esa función."

"Artículo 127. La vigencia del permiso de instalación será señalada por la EMAR en la providencia que lo otorgue y sería igual al tiempo estimado para tales efectos."

II. LA CAUSA PETENDI.

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 10º de la ley 9ª. de 1979, 120 ordinal 3º. y 76 ordinal 2º. de la Constitución Nacional de 1886.

Sobre el concepto de violación se expresó así el actor:

El poder reglamentario adscrito al Ejecutivo Nacional tiene como finalidad la de hacer operante la norma legal que reglamenta sin que le sea lícito modificar o rebasar las decisiones del legislador y menos aún violar ostensiblemente algunas de ellas.

El Congreso de la República mediante el artículo 10º. de la Ley 9ª. de 1979 le atribuyó privativamente al Ministerio de Salud la fijación de los requisitos y de las condiciones que deben cumplir los vertimientos de residuos líquidos.

Al quitarle la competencia al Ministerio de Salud para atribuírsela al EMAR, el Ejecutivo no sólo rebasó la facultad de reglamentar la ley sino que la violó flagrantemente.

Artículo 76. ordinal 2º. de la Carta le señala como atribución al Congreso de la República la expedición de Códigos y la facultad de reformar sus disposiciones. Mediante la Ley 9ª. de 1979 se expidió el "Código Sanitario Nacional", norma que sólo puede ser modificada por el Congreso de la República más no por el Ejecutivo so pretexto de reglamentarla. Además el artículo 120 ordinal 3º. de la Constitución Nacional le atribuye al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria con el fin de que expida las órdenes, Decretos y Resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, facultad que conforme al texto constitucional citado no lo autoriza para establecer modificaciones a las normas legales sino que, por el contrario, lo faculta para garantizar su cabal cumplimiento.

Además de las razones de tipo legal y constitucional que se dejan enunciadas existen otras que ponen en evidencia las perniciosas consecuencias del cambio ilegal de competencias que se hizo mediante las normas acusadas. Sabido es que los vertimientos de residuos líquidos pueden afectar a la salubridad pública y precisamente es al Ministerio de Salud al que se le ha

atribuido el manejo de los asuntos relacionados con dicha función. En tal virtud, no fué prudente asignarle al EMAR funciones que nada tienen que ver con los asuntos que le son afines. Una cosa es la defensa de los recursos naturales y otra muy diferente el necesario control que debe ejercer el Estado Colombiano sobre los vertimientos líquidos, nocivos por la salud y cuyo manejo inadecuado puede ocasionar daños irreparables a los seres humanos. El Ministerio de Salud Pública, como su nombre lo indica, fué creado para la defensa de la salubridad y, por consiguiente, a él le es afín un asunto íntimamente ligado al control de situaciones que pueden afectarla.

III. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

Mediante auto de 10 de Octubre de 1990 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de los artículos demandados por no aparecer, a juicio de la Sala, el quebranto manifiesto del artículo 10º. de la Ley 9ª. de 1979 invocado por el actor.

III.1 La Nación - Ministerio de Agricultura, a través de apoderado, contestó la demanda, en escrito que sostiene, en esencia, lo siguiente:

1.- Cita el Artículo 10º. de la Ley 9a. de 1979 que a la letra dice: "Todo vertimiento de residuos químicos deberá someterse a los requisitos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud teniendo en cuenta las características del sistema de alcantarillado y de la fuente receptora correspondiente".

No es aceptable el concepto de violación aplicado a este artículo por cuanto el Decreto demandado no le está usurpando ni quitando las facultades otorgadas con esta ley al Ministerio de Salud, sino que en tratándose de un Decreto que ostenta el carácter de reglamentario cumple con las funciones de racionalizar la ejecución y desarrollo de los vertimientos de residuos líquidos, incluyendo a la EMAR y revistiéndolas de las mismas facultades en cuanto a requisitos y condiciones que posee el Ministerio de Salud. Esto es demostrable con la simple lectura del Artículo 22 del mismo Decreto demandado, que a la letra dice: "Para destinar las aguas en forma genérica a los diferentes usos de que trata el Artículo 29 del presente Decreto, se deberá desarrollar un Plan de ordenamiento del recurso por parte de la EMAR o del Ministerio de Salud en donde aquellas no existan (el subrayado es del demandado). Así pues tenemos que no existe infracción al Artículo 10o., por cuanto queda demostrado con el Artículo 22 transcrito que el Decreto 1594 no le quitó la potestad de fijar los requisitos y condiciones al Ministerio de Salud para los vertimientos de residuos, sino que, por el contrario, incluyó

a la EMAR para que a más de fijar pautas, desarrolle un plan encaminado al ordenamiento y manejo del recurso.

2. No ha violado en forma alguna el numeral 3º. del Artículo 120 de la Constitución, ya que esta norma faculta al Ejecutivo para ejercer la potestad reglamentaria expidiendo, entre otros, los Decretos necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes. Eso fue precisamente lo que hizo el Ejecutivo, expedir el Decreto 1594, que reglamentó la Ley 9a. del 79, con el fin primordial de hacerla operante y darle aplicabilidad incluyendo para tal efecto a las entidades encargadas del manejo y administración del recurso EMAR. Otra cosa es la confusión de términos que en la demanda plantea la parte actora con los términos "modificarla" y "reglamentarla" los cuales más adelante serán materia de explicación.

Cita también como norma violada el ordinal 2º. del Artículo 76 de la Constitución Nacional. Al respecto considero que no ha existido violación alguna, toda vez que allí se habla de que al Congreso es al que le corresponde hacer las Leyes y de las atribuciones que puede ejercer por medio de ellas, como expedir Códigos en todos los ramos y reformar sus disposiciones, asunto que no tiene ninguna relación con el caso que nos ocupa porque la litis se centra en un Decreto Reglamentario expedido por el Ejecutivo y no en una Ley expedida por el Congreso.

III.2.- Igualmente se hizo parte en representación de la Nación el Ministerio de Salud y por medio de apoderado contestó la demanda mediante escrito en el cual estima que los artículos acusados no vulneran el artículo 10º. de la Ley 9ª. de 1979 ni los artículo 76 ordinal 2º. y 120 ordinal 3º. de la Constitución Nacional. Para ello, razonó, en esencia, así:

El articulo 65: Esta norma faculta a las entidades encargadas del manejo y administración del Recurso (aguas superficiales, subterráneas, marinas y estatuarias, incluidas las aguas servidas, al tenor del artículo 1o. del Decreto 1594 de 1984) para que EN CADA CASO, determinen cuáles, o sea fijen las normas que "deben cumplir los vertimientos a un cuerpo de agua o a un alcantarillado, previamente a la instalación, modificación, ampliación de una fuente contaminante, o desarrollo de un plan de cumplimiento por parte de cualquier usuario".

La facultad prevista en esta norma no usurpa ni modifica aquella otorgada al Ministerio de Salud:

a.- El Decreto Reglamentario al asignar funciones a la EMAR, lo que busca es coordinar el ejercicio de las funciones de éstas con el Ministerio de Salud, de manera tal que sea armónico y coherente, evitando duplicidad de trámites para los usuarios, que de otra forma se enfrentarían a diversos procedimientos y normas, según los campos de reglamentación, por ejemplo,

en la salud ante el Ministerio Correspondiente, en lo ecológico ante el INDERENA o la CAR, etc.

b.- La potestad concedida a la EMAR no es genérica, como sí la del artículo 10º. de la Ley 9ª de 1979, ya que textualmente dice la primera disposición "fijará en cada caso". Esta expresión implica una particularización no sólo respecto del caso concreto, sino de la competencia de la EMAR correspondiente, según las normas que la rijan y le fijen funciones.

c.- No se trata de una potestad de creación de normas, sino de determinar cuáles de las normas técnicas que establece el mismo Decreto 1594 de 1984 y las demás normas vigentes sobre la materia (entre ellas las establecidas por el Ministerio de Salud en desarrollo del artículo 10 de la Ley 9ª de 1979), deben cumplir los vertimientos a un cuerpo de agua o a un alcantarillado.

Es más, esta facultad se limita a un período o etapa en el procedimiento de obtención de los permisos o licencias que fija el Decreto, esto es, las normas que deben cumplirse "previamente a la instalación, modificación, ampliación de una fuente contaminante, o desarrollo de un plan de cumplimiento de cualquier usuario".

d.- El mismo artículo 65 del Decreto 1594 de 1984 reconoce la diversidad de campos o materias que se tocan en los procedimientos, al disponer que cuando se trate de la protección de los recursos naturales, son las EMAR quienes fijan las normas y no el Ministerios de Salud, puesto que así se violarían las disposiciones de creación y reglamentación de la EMAR.

e.- Deben considerarse adicionalmente, para facilitar la interpretación del artículo 65, las disposiciones del Capítulo XI "De los procedimientos para la modificación de normas de vertimiento y criterios de calidad", artículos 138, 139, 140 y 141, en los cuales se desarrolla el artículo 7º. de la Ley 9ª. de 1979, que dice:

"Artículo 7º. Todo usuario de las aguas deberá cumplir, además de las disposiciones que establece la autoridad encargada en administrar los recursos naturales, las especiales que establece el Ministerio de Salud".

Así se reconoce en la misma Ley 9ª de 1979 que la normatividad aplicable no compete exclusivamente al Ministerio de Salud como lo afirma el actor, sino que hay otras entidades que fijan normas.

El Decreto 1594 con el mismo criterio de coordinar prevé un procedimiento conjunto de modificación.

"Artículo 140. Cuando la modificación sea sugerida por una EMAR, el estudio a que se refiere el artículo anterior se enviará a la Dirección de

Saneamiento Ambiental del Ministerio de Salud, para su consideración. Cuando sea sugerida por el Ministerio de Salud, se enviará a la EMAR respectiva para los mismos fines. La modificación acordada será establecida por la Resolución del Ministerio de Salud y por el acto administrativo de la EMAR y será aplicable el área de jurisdicción de la EMAR respectiva (se subraya).

Parágrafo del artículo 72.

Este artículo establece unas condiciones mínimas de vertimiento, sobre las cuales, y para cada caso, "de acuerdo con el cuerpo receptor y del vertimiento", la EMAR decide si algunas pueden excluirse o no. Como en la misma norma se fijan los requisitos, no se da allí el cambio de competencia referido al artículo 10o. de la Ley 9ª de 1979 que arguye el actor.

Parágrafo del artículo 73.

Le es aplicable análisis jurídico idéntico al inmediatamente anterior,

Artículos 100, 101, 106, 107, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 123, 124 y 127.

Este conjunto de disposiciones reglamentan las actuaciones que se surten ante las EMAR como tales, es decir, como entidades encargadas del manejo y administración del recurso, ante las cuales se efectúan diversos trámites. No existe en el artículo 10o.de la Ley 9ª de 1979 ninguna disposición en este sentido, por lo cual no existe ninguna conexidad temática entre estas disposiciones acusadas y aquél.

Ninguno de estos artículos hace referencia a la competencia para crear requisitos. Algunos de ellos como se dijo, enuncian condiciones de calidad mínimas, todo lo cual no implica vulneración alguna ni del artículo 10º. de la Ley 9ª de 1.979 ni de las constitucionales contenidas en los artículos 76 numeral 2º. y 120 numeral 3º .

III.3.- CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Primera de la Corporación se muestra adversa a las pretensiones de la demanda, conceptuando, en lo pertinente, así:

El Decreto demandado, firmado por el Presidente de la República y por el Ministro de Salud, se refiere a las Emar, encargadas del Manejo y Administración del Recurso hídrico, que por definición del mismo son aquellas a las cuales se les han asignado esas funciones por la ley o por delegación, como el Himat en los distritos de riego, las corporaciones autónomas regionales de desarrollo y Dirección Marítima y Portuaria, Dimar, como entidades

también designadas para realizar conjuntamente con el Ministerio de Salud, labores atinentes a la vigilancia y control del uso de aguas y el vertimiento de residuos líquidos, respetando las áreas de especialidad de cada uno de los organismos estatales designados para ejercer el control y protección de los recursos en sus varios aspectos, ambiental, de sanidad, de utilización, paisajístico, etc.

Así, por ejemplo, el artículo 65 del Decreto acusado precisa "cuando se trate de normas específicas de vertimiento para la protección de los recursos naturales, éstas deberán ser fijadas por la EMAR". El artículo 114, ibídem, prevé que en las providencias respectivas en las que las EMAR otorguen permisos de vertimiento "deberá advertirse claramente que los usuarios no podrán hacer uso de ellas sin haber obtenido antes la autorización sanitaria de funcionamiento parte agua expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad en la cual éste delegue esa función". En parecidos términos están concebidos los artículos 115, 118, 119, 124, 125, 130, 131, etc.

De manera que la intervención y funciones de la EMAR han de entenderse, sin perjuicio de las prescripciones sanitarias que corresponde fijar al Ministerio de Salud.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

El artículo 10º. de la Ley 9ª de 1979 prescribe *que todo vertimiento de residuos líquidos deberá someterse a los requisitos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud,* teniendo en cuenta las características del sistema de alcantarillado y de la fuente receptora correspondiente.

Del tenor literal de dicho precepto legal se infiere que el organismo competente para señalar requisitos y condiciones en materia de vertimiento de residuos líquidos es el Ministerio de Salud.

Antes de analizar cada una de las normas acusadas frente al artículo 10º. de la Ley 9ª. de 1979 es bueno tener presente que el Decreto Reglamentario 1594 de 1984, del cual forman parte, trae las siguientes definiciones: La sigla EMAR utilizada en el Decreto corresponde a: Entidad Encargada del Manejo y Administración del Recurso, y entiende por tal: aquella que tenga asignadas esas funciones por la ley o por delegación, como el INDERENA, el HIMAT en los distritos de riego, las Corporaciones Autónomas Regionales de Desarrollo y la Dirección Marítima y Portuaria, DIMAR (artículos 2º y 3º).

Por vertimiento líquido entiende cualquier descarga líquida hecha a un cuerpo de agua o a un alcantarillado.

Los artículos demandados contienen la siguiente regulación:

El artículo 65: Prevé que *la EMAR fijará en cada caso las normas que deben cumplir los vertimientos a un cuerpo de agua o a un alcantarillado y que cuando se trate de normas específicas de vertimiento para protección de los recursos naturales deberán ser fijadas por la EMAR.*

El parágrafo del artículo 72: El artículo señala las normas que debe cumplir todo vertimiento a un cuerpo de agua. El parágrafo, por su parte, *faculta a la EMAR para que decida cuál o cuáles de las normas de control de vertimiento señaladas en el artículo pueden excluirse.*

El parágrafo del artículo 73: El artículo señala las normas que debe cumplir todo vertimiento a un alcantarillado. El parágrafo, por su parte, faculta a la EMAR para que decida cuál o cuáles de las normas de control de vertimiento señaladas en el artículo pueden excluirse.

El artículo 100 con su parágrafo: Faculta a la EMAR para exigir a cualquier usuario *la caracterización de sus residuos líquidos* y *en el parágrafo se señala un plazo de seis (6) meses para la presentación de la caracterización.*

El artículo 101: Faculta a la EMAR para otorgar permiso definitivo de vertimiento.

El artículo 106: Faculta a las EMAR para otorgar tres clases de permisos de vertimiento: de instalación, provisional y definitivo.

El artículo 107: Faculta a las EMAR para otorgar permiso provisional de vertimiento.

El artículo 114: Establece que *en las providencias mediante las cuales las EMAR otorguen permisos provisionales o definitivos de vertimiento debe* advertirse que no puede hacerse uso de ellas sin la obtención previa de la autorización sanitaria de funcionamiento parte agua.

El articulo 115 con su parágrafo: Establece que a partir de la ejecutoria de las providencias que otorguen permisos definitivos o provisionales de vertimiento los usuarios deberán hacer llegar a la correspondiente EMAR la autorización sanitaria de funcionamiento parte residuos sólidos o la constancia del trámite de la misma.

El parágrafo prevé que la EMAR tan pronto recibida la autorización antes mencionada la remitirá, conjuntamente con la providencia que otorgue el permiso definitivo o provisional de vertimiento, a la entidad encargada del otorgamiento de la autorización sanitaria de funcionamiento parte agua.

El articulo 118 con su parágrafo: Establece que las solicitudes de renovación o prórroga del permiso deben ser presentadas ante la EMAR.

El parágrafo prevé que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que renueve o prorrogue un permiso de vertimiento la EMAR remitirá al Ministerio de Salud a su entidad delegada la documentación pertinente a fin de que se tramite la renovación o prórroga de la autorización sanitaria parte agua.

El artículo 121 con su parágrafo: *Establece* que los usuarios existentes que desarrollen ampliaciones o modificaciones que impliquen cambios de los vertimientos deberán obtener permiso provisional de vertimiento por parte de la EMAR. Los usuarios nuevos deberán obtener permiso de instalación por parte de la misma entidad.

El parágrafo prevé que el permiso de instalación que otorgue la EMAR comprende el vertimiento.

El artículo 122: Establece los requisitos de información que deben presentar los usuarios para obtener el permiso de instalación o el permiso provisional de vertimiento por parte de las EMAR.

El artículo 123: Prevé que una vez reunidos los requisitos de información del artículo anterior *la EMAR* previa inspección técnica, *podrá expedir a los usuarios nuevos el permiso de instalación y a los usuarios existentes el permiso provisional de vertimiento.*

El artículo 124: Establece que *en las providencias de las EMAR que otorguen permisos de instalación o permisos provisionales de vertimiento* deberá advertirse a los usuarios que no podrán hacer uso de ellos sin haber obtenido antes autorización sanitaria de instalación - parte agua, expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad que éste delegue.

El artículo 127: Establece que la vigencia del permiso de instalación señalada por la EMAR en la providencia que lo otorgue será igual al tiempo estimado para tales efectos.

Del tenor literal de los preceptos acusados fluye con claridad que a través de ellos se establecen facultades en materia de vertimiento de residuos líquidos a favor de la EMAR: Entidad Encargada del Manejo y Administración del Recurso, que, según el artículo 3º del Decreto 1594 de 1984, tienen asignadas esas funciones al INDERENA, el HIMAT, las Corporaciones Autónomas Regionales de Desarrollo y la Dirección Marítima y Portuaria DIMAR, así: el artículo 65 las faculta para fijar normas que deben cumplir los vertimientos: los respectivos parágrafos de los artículos 72 y 73 para que decidan cuáles normas de control de vertimiento a un cuerpo de agua y a un alcantarillado deben excluirse; el artículo 100 con su parágrafo para exigir la caracterización de residuos líquidos; los artículos 101, 106, 107, 118 con su parágrafo, 121 con su parágrafo, 122 y 123 para otorgar diferentes clases de

permisos de vertimiento; los artículos 114, 115 con su parágrafo y 124, establecen reglas a cumplir después de expedidos por la EMAR los permisos de vertimiento; y el 127 para señalar la vigencia del permiso de instalación.

El señalamiento de las facultades enunciadas en favor de la EMAR, es decir, de una entidad diferente del Ministerio de Salud, contradice el texto del artículo 10o. de la Ley 9ª de 1.979, pues éste ha radicado la competencia para señalar los requisitos y condiciones a que deben someterse los vertimientos de residuos líquidos en cabeza exclusiva del referido Ministerio. La violación del citado precepto legal implica a su vez la del artículo 120 ordinal 3º de la Constitución de 1886, vigente en la fecha de expedición de los artículos demandados, por haberse excedido el señor Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Las violaciones antes mencionadas justifican que se decrete la nulidad de las normas reglamentarias demandadas.

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 decreta la nulidad del Decreto 1594 de 26 de junio de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, en las siguientes partes: articulo 65, parágrafo del artículo 72, parágrafo del artículo 73, el artículo 100 con su parágrafo, los artículos 101, 106, 107, 114, 115 con su parágrafo, 118 con su parágrafo, 121 con su parágrafo, 122, 123, 124, 127.

Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día trece (13) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DESISTIMIENTO/ ACCION CONTRAVENCIONAL ESPECIAL/ CONTRAVENCION ESPECIAL/ POTESTAD REGLAMENTARIA

No era necesario que el Decreto Reglamentario entrara en extensiones como la de admitir también un desistimiento verbal si, a la postre, tal manifestación debía tener una refrendación escrita para que tuviera validez. No está el decreto reglamentario desarrollando la ley principal sino complicando la practicidad de su procedimiento. DECRETA LA NULIDAD de las expresiones que aquí se señalan del artículo 10 del Decreto Reglamentario No. 0800 de 21 de marzo de 1991, expedido por el Señor Presidente de la República: En el primer inciso, la expresión "o verbalmente". En el segundo inciso, la expresión "si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1771. Decretos del Gobierno. Actor: César Augusto Otálvaro.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el actor de la referencia ha solicitado la

declaratoria de nulidad del Artículo 10o. del Decreto Reglamentario número 800 de marzo 21 de 1991, por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1991.

El texto del acto demandado es el siguiente:

"ARTICULO 10. En cualquier estado del proceso y antes de la sentencia de segunda instancia, el querellante o el ofendido o su apoderado debidamente facultado, mediante escrito o verbalmente, podrán desistir de la acción contravencional especial, dando así lugar a la cesación de procedimiento, siempre que el desistimiento sea aceptado por el presunto infractor.

"Cuando el desistimiento sea presentado por escrito, el querellante o el ofendido, o su apoderado debidamente facultado y el procesado deberán identificarse en debida forma ante la Secretaría del Despacho. Si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado.

"Si el ofendido fuere incapaz o se tratare de persona jurídica, el desistimiento deberá presentarse por su representante legal, conforme con el artículo 28 del presente decreto.

"El desistimiento presentado en favor de un procesado comprenderá a los demás que lo acepten".

Los HECHOS de la demanda los narra así el actor:

1. El 21 de marzo de 1991 el Congreso de Colombia expidió la Ley 23, "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos judiciales y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial 39752 del 21 de marzo de 1991, en cuyo artículo 9º estableció:

"La acción contravencional es desistible en los términos y con las características señaladas en el Código de Procedimiento Penal.

"Es obligación del funcionario que conoce el asunto informar a las partes sobre este aspecto".

2. El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades reglamentarias consagradas en el artículo 120, ordinal tercero de nuestra Constitución Política, expidió el 21 de marzo de 1991, el Decreto Reglamentario de la Ley 23 de ese año, en cuyo artículo 10 ya transcrito, estableció los términos y las características del desistimiento de la acción contravencional especial a que hace alusión el artículo 1o. de la Ley 23 de 1991.

En cuanto a las disposiciones de orden superior violadas por el acto administrativo acusado, señala el artículo 9º de la misma Ley 23 de 1991.

EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Explica el actor, que es perentoria, en el artículo 9º de la Ley 23 de 1991, la normatividad jurídica que se debe aplicar en el desistimiento de la acción contravencional, integrando para ello la normatividad contenida en el Código de Procedimiento Penal.

> Pero que, "no obstante la claridad de la regulación contenida en el artículo 9º de la ley 23 de 1991, el Presidente de la República actuando como suprema autoridad administrativa, estableció a través del Decreto Reglamentario número 800 de 1991, artículo 10, el trámite correspondiente al desistimiento de la acción contravencional, transgrediendo de esta manera la regulación contenida en la norma jerárquicamente superior, de la Ley 23 de 1991, pues además de producirse, en virtud de la disposición ejecutiva mencionada, una violación desde el punto de vista formal, se conculcaron disposiciones inherentes al tratamiento mismo de la materia, por cuanto el artículo 9 de la Ley 23 de 1991, al integrar las normas del Código de Procedimiento Penal, consagra como persona legitimada para proponer el desistimiento AL QUERELLADO; mientras que el articulo 10 del Decreto Reglamentario número 800 de 1991, permite proponerlo, además AL OFENDIDO O A SU APODERADO DEBIDAMENTE FACULTADO.
>
> "De la misma manera, se experimenta variación violatoria en lo relativo a la presentación del desistimiento, que en el Código de Procedimiento Penal es POR ESCRITO, y en el artículo 10 del Decreto número 800 de 1991, puede ser *además* verbal, con relación expresa del procedimiento a seguir en este último caso".

SUSPENSION PROVISIONAL

El acto demandado, fue provisionalmente suspendido mediante auto del dos de agosto de mil novecientos noventa y uno, en la parte que dice: "o verbalmente" del inciso primero; y "si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado", del inciso segundo.

INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

La apoderada judicial de la Nación - Ministerio de Justicia -, al oponerse a que prosperen las pretensiones de la demanda hace entre otros, los siguientes planteamientos:

"No hay nulidad por cuanto el artículo 10 del Decreto No. 800 del 21 de marzo de 1991 reglamentario de la Ley 23 del mismo año, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones, determina claramente que "si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado".

"El artículo 10 del aludido decreto está de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 23 de 1991 que transcribe las normas determinadas en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal en materia de desistimiento, por cuanto si la solicitud es oral también es cierto que queda la constancia en acta suscrita por comparecientes y el respectivo funcionario.

"Siendo función exclusiva del decreto reglamentario proveer la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, el Ejecutivo se ciñó a las atribuciones otorgadas en la Constitución Nacional al Presidente de la República para ejercer la potestad reglamentaria como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa y que se encuentra contenida en el numeral 3º del artículo 120".

Aduce finalmente la apoderada, que "es importante tener en cuenta que uno de los principios generales del proceso penal es la oralidad para lograr la celeridad y la inmediación de las actuaciones procesales".

LA VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada del Ministerio Público ante esta jurisdicción, analiza los hechos de la demanda, las normas que en ella se consideran violadas y el concepto de la violación expuesto. Al referirse a estas normas superiores, estima la funcionaria:

"Confrontadas estas normas con la norma reglamentaria que se discute, al pie de la letra, sí parece plasmar criterios más amplios que favorecen el desistimiento. O sea que por la vía del reglamento no sólo el querellante u ofendido puede desistir sino "su apoderado debidamente facultado" y no sólo "mediante manifestación escrita presentada ante el juez", sino "verbalmente".

"En cuanto a la legalidad del desistimiento presentada (sic) por el apoderado "debidamente facultado" parece lógico entender que su validez depende de la facultad expresa que le otorgue el querellante sobre el desistimiento, obviamente, por escrito, en el poder o posteriormente en escrito separado, ya que así se cumplirían las exigencias legales respecto

de la "manifestación escrita presentada ante el juez", emanada del sujeto pasivo del hecho punible o querellante.

"Respecto del desistimiento mediante manifestación verbal, que autoriza la norma demandada, sí es evidente que introduce una novedad no contemplada en la norma reglamentada, por lo cual es forzoso concluir que se excedió la potestad reglamentaria en este aspecto, tal como lo estimó la Sección Primera del Consejo de Estado al decretar la suspensión provisional de las expresiones "o verbalmente" del inciso primero del artículo 10 del Decreto 0800 de 1991 y "si fuere verbal, la manifestación se hará constar en el acta suscrita por los comparecientes y el funcionarios competente de la primera o segunda instancia o su delegado", del inciso segundo, *ibídem*".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Estima la Sala, que la escueta presentación de la demanda indica la concisión que se espera de la sentencia. Así pues, las consideraciones precedentes a la decisión a tomarse se sintetizan en los siguientes puntos:

1.- En primer lugar, la apreciación del actor en el sentido de que "el Artículo 9 de la Ley 23 de 1991, al integrar las normas del Código de Procedimiento Penal, consagra como persona legitimada para proponer el desistimiento AL QUERELLADO (folio 4)", es inexacta. La norma concretamente habla del "querellante" (artículo 29 del C. de P. P.).

Aclarada la equívoca referencia, es de anotarse que el peticionario no explica el concepto de la supuesta violación.

Y que si se debe entender que al subrayar la expresión "EL OFENDIDO O SU APODERADO DEBIDAMENTE FACULTADO" usada en el decreto analizado, el actor está acusando una extralimitación respecto a la Ley reglamentada, se comenta:

Es cierto que la norma patrón, el mencionado artículo 29, estatuye que "El querellante podrá desistir de la acción penal con el consentimiento del procesado...", mientras que el artículo 10, dice el demandante, "permite proponerlo, además, AL OFENDIDO O A SU APODERADO DEBIDAMENTE FACULTADO".

Sería ilógico pensar, considera la Sala, que si la norma superior confiere esa facultad al "querellante, con mayor razón la tendría el ofendido quien es el principal interesado, más aún, cuando ofendido y querellante son uno mismo en la mayoría de los casos".

Por otra parte, en cuanto "a su apoderado debidamente facultado", no se requiere mucha audacia para colegir que si, en concordancia con el artículo 28 del mismo decreto, "la querella por el hecho contravencional deberá ser presentada personalmente por el ofendido o perjudicado o por medio de apoderado", con la misma modalidad podría proponerse el desistimiento; y que su validez, como bien lo ha manifestado la Agencia del Ministerio Público, "depende de la facultad expresa que le otorgue el querellante sobre el desistimiento, obviamente, por escrito, en el poder o posteriormente en escrito separado, ya que así se cumplirían las exigencias legales respecto de la "manifestación escrita presentada ante el Juez", emanada del sujeto pasivo del hecho punible o querellante", criterio que esta Sala acoge.

2.- Respecto a la determinación del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la presentación del desistimiento sea *por escrito*, esta Sala dijo en el auto que decretó la suspensión provisional lo siguiente (folio 11):

> "No ocurre lo mismo en relación con la otra forma que para desistir establece la norma acusada cuando ordena que "o verbalmente" se podrá desistir de la acción contravencional especial, caso en el cual, "la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado"; ya que tales disposiciones contenidas en el decreto reglamentario, sí contrarían abiertamente la ley reglamentada, concretamente en el procedimiento adoptado del Código de Procedimiento Penal (art. 29), según el cual el querellante podrá desistir de la acción mediante manifestación escrita presentada ante el Juez. En este aspecto la violación se observa en forma clara y evidente por cuanto la norma acusada crea situaciones y establece procedimientos no previstos en la ley que dice reglamentar, al establecer el desistimiento de la acción contravencional en forma verbal y la manera de proponerlo".

El anterior postulado, que por su evidencia, es en este momento procesal reconfirmado por la Sala para efectos de la decisión a tomar, resulta contradicho por la posición de la representante judicial del Ministerio de Justicia al afirmar que "si la solicitud es oral también es cierto que queda la constancia en acta suscrita por comparecientes y el respectivo funcionario" (folio 32), lo que no es en manera alguna falso pues, hay que admitirlo, que si la manifestación se respalda con un escrito, terminaría satisfaciendo lo ordenado por la norma.

Lo dicho en el párrafo precedente, resulta sin embargo inadmisible en cuanto a la posición de la parte demandada. Se afirma en su libelo que "la razón jurídica de la existencia de los decretos reglamentarios está en la lógica misma de la legislación y sería absurdo pensar que puedan presentarse en el cumplimiento y ejecución de las leyes". No tiene aplicación para el caso sub-iuris tal apreciación ya que no era necesario que el decreto reglamentario entrara en extensiones como la de admitir también un desistimiento verbal si,

a la postre, tal manifestación debía tener una refrendación escrita para que tuviera validez. No está el decreto reglamentario desarrollando la ley principal sino complicando la practicidad de su procedimiento.

Por tales motivos, será confirmado lo dispuesto en la suspensión provisional.

Expuesto lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, después de oír el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

ANULANSE las expresiones que aquí se señalan, del artículo 10o. del Decreto Reglamentario No. 0800 de fecha 21 de marzo de 1991, expedido por el señor Presidente de la República:

En el primer inciso, la expresión "o verbalmente"

En el segundo inciso, la expresión "si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado".

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO - Obligatoriedad / **PUBLICACION**

El acto acusado, al disponer que rige a partir de la fecha de su firma, transgrede, en forma clara y manifiesta, por lo menos, la norma contenida en el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, según el cual, los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea la competente quien expide el acto. DECRETA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 34 de la Resolución No. 100000-410 del 18 de agosto de 1989, en la parte que dice: "rige a partir de la fecha de su firma" proferida por el Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1845. AUTORIDADES NACIONALES
Actor: Mario López Valencia y Otro.

El actor de la referencia en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A. y señalando como parte demandada a la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A., demanda la nulidad de la Resolución No.

100000-410 de agosto 18 de 1989 proferida por el Gerente de la mencionada Hidroeléctrica, "Por medio de la cual se reglamenta el Decreto 1303 de junio 19 de 1989, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del mismo".

El demandante solicita también la suspensión provisional del acto impugnado porque lo considera violatorio de los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913 y 43 del Decreto 01 de 1984 y porque según su entender, al expedirlo, el Gerente de la Hidroeléctrica trata de "ejercer la potestad Presidencial que la carta le entrega solo al primer magistrado de la Nación...".

Como quiera que la demanda reúne los presupuestos de ley tendrá que admitirse tal como se ordena en la parte resolutiva de esta providencia.

Respecto a la solicitud de SUSPENSION PROVISIONAL, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

En el capítulo correspondiente a la solicitud de suspensión provisional, el demandante cita como violados los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913 y 43 del Decreto 01 de 1984 y con base en ellos sostiene que lo dispuesto en la Resolución impugnada sobre la vigencia no puede tener operancia, porque el acto no puede regir a partir de la firma, como allí mismo se lee. Lo anterior a propósito de lo estipulado en el artículo 34 de la medida objetada, según el cual: "Esta resolución rige a partir de la fecha de su firma y deroga todas las que le sean contrarias".

Al respecto observa la Sala que el precitado artículo 34 al disponer que la Resolución 100000-410 de 1989 rige a partir de la fecha de su firma, transgrede, en forma clara y manifiesta, por lo menos, la norma contenida en el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, según el cual, los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

La violación del ordenamiento acusado referente a la eficacia u obligatoriedad surge de manera ostensible mediante la simple comparación del artículo 34 de la Resolución 100000-410 (norma transgresora) con el artículo 43 del Decreto 01 de 1984 (norma transgredida).

En cuanto a la presunta violación de los artículos 120, numeral 3o. de la Constitución Política de 1886 y 83 del C. C. A., por parte de la totalidad del decreto, la Sala se abstiene por ahora de hacer pronunciamiento alguno, habida consideración de que dichas disposiciones no fueron citadas como

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

violadas dentro de la solicitud de suspensión ni respecto de ellas se remitió el actor a su demanda.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el señor Mario López Valencia y otro contra la Resolución No. 100000-410 de 18 de agosto de 1989, expedida por el Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A.

Para su trámite se dispone:

a). Notificar al señor Gerente de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A., con domicilio en la cuidad de Manizales (Caldas), en la forma prevista por el artículo 150 del C. C. A. Entréguesele copia de la demanda.

Para que lleve a cabo la diligencia de notificación, comisiónase con amplias facultades legales y término de comisión de veinte (20) días, más la distancia, al Tribunal Administrativo de Caldas. Por Secretaría, líbrese despacho comisorio con los insertos del caso.

b). Notificar a la señora Agente del Ministerio Público.

c). La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) Mcte., para gastos ordinarios del proceso.

d). Fijar el negocio en lista por el término legal de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e). Por Secretaría ofíciese a la central Hidroeléctrica de Caldas, solicitándole el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos de la Resolución acusada.

Segundo.- DECRETAR LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 34 de la Resolución No. 100000-410 del 18 de agosto de 1989, en la parte que dice: "...rige a partir de la fecha de su firma...".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ COMPETENCIA/ CAFE MOLIDO - Comercialización

Si bien es cierto que ninguno de los quince literales de que consta el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio para regular aspectos de los contenidos en los dos primeros incisos de la norma acusada, no lo es menos que las medidas adoptadas tienen como soporte la competencia que al Superintendente de Industria y Comercio otorga el literal g) del artículo 8o. del mismo decreto, para "dictar reglamentos en materia de control y vigilancia de precios", como quiera que resulta indiscutible el que la presencia en el mercado nacional de una variedad incontrolada de presentaciones de un producto (café molido) ya en detrimento (de una variedad) no sólo en calidad e higiene del mismo, sino también del consumidor y, sobre todo, no permite al citado organismo público ejercer el adecuado control y vigilancia que en relación con los precios le compete.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

Referencia: Expediente Nº. 1892 . Actor: Germán Quintero Andrade.

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 Germán Quintero Andrade en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., contra el artículo 1o. de la Resolución No. 1296 de 29 de julio de 1991 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

a.- El acto acusado.

Este lo constituye, como ya se expresó, el artículo 1o. de la Resolución No. 1296 de 29 de julio de 1991, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, " por medio de la cual se adopta el Sistema Internacional de Unidades 'SI' en la comercialización del Café Molido en Colombia", cuyo texto es el siguiente (Diario Oficial No. 40.114 pág 6 fl. 1):

"Articulo 1. El Café Molido que se comercializa en Colombia se podrá vender al público únicamente en las siguientes presentaciones: 20, 50, 100, 125, 250, 500, 1.000 y 2.500 gramos, utilizando siempre empaques flexibles.

"Sin embargo, cuando se usen empaques y envase rígidos, como los de vidrios, hojalata, etc. el producto se podrá vender en cualquier unidad de peso correspondiente al Sistema Internacional de Unidades 'SI'. En todos los casos el contenido neto deberá ser igual al anunciado.

"Los rótulos de los empaques o envase en los cuales se expenda el citado producto alimenticio, deberán cumplir los requisitos mínimos establecidos en la norma técnica colombiana oficial obligatoria 512 (Primera Revisión) 'Productos alimenticios Rotulado'.

"La expresión del contenido neto deberá aparecer en caracteres visibles de una altura mínima de 8 milímetros".

b.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así :

1.- El Decreto 149 de 1976, en su artículo 6o., determina las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.- Por Decreto 3466 de 1982, artículo 43, literal e), se facultó a la Superintendencia en mención para "Establecer las normas necesarias para la implantación de las unidades de venta".

3.- Mediante Resolución No. 1296 de 29 de julio de 1991 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio se adoptó "el Sistema Internacional de Unidades SI en la comercialización del Café Molido en Colombia", en cuyo artículo 1o. se limita y prohibe la venta al público de Café Molido que no se encuentre dentro de las presentaciones de 20, 50, 100, 125, 250, 500, 1.000, y 2.500 gramos siempre y cuando se utilicen empaques flexibles.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de la 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 en la demanda, las cuales, para efecto de su posterior análisis se presentan de la siguiente manera (fl. 3 a 5 Cdno. No. 1):

Primer cargo: *Violación del artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 y el Decreto 3466 de 1982*, toda vez que las mismas no facultaban a la Superintendencia de Industria y Comercio para prohibir a los comerciantes la expedición de productos en determinadas cantidades.

Este último Decreto, precisamente, otorga a dicha entidad al respecto la atribución de "Establecer las normas necesarias para la implantación del sistema métrico decimal en los sectores de la industria y el comercio que no lo utilizan, y para implantar la racionalización de las unidades de venta".

Al parecer del actor, la norma citada cuando se refiere a "la implantación de la racionalización de las unidades de venta", en ningún momento le otorgó la facultad a la Superintendencia para "prohibir el expendio del café molido en empaques flexibles en presentaciones distintas a 20, 50, 100, 125, 250, 500, 1.000 y 2.500 gramos". Argumento que fundamenta el actor en el alcance del término racionalizar, el cual, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivale a dos acepciones: "Reducir a normas o conceptos racionales. 2o. Organizar la producción o el trabajo de manera que aumente los rendimientos o reduzca los costos con el mínimo esfuerzo".

De la primera acepción se deduce que su alcance, para el caso *sub judice*, no sería otro que el de "...normatizar y racionalizar el sistema de medidas de un determinado mercado".

Se cuestiona así el accionante, el por qué la medida para racionalizar las unidades de venta en empaques flexibles son únicamente las presentaciones o medidas señaladas en la norma, mientras en los empaques o envases rígidos se pueden "...vender en cualquier unidad de peso, correspondiente al Sistema Internacional de Unidades SI".

En cuanto a la segunda acepción, la considera inaplicable al presente evento, como quiera que la Resolución demandada no sirve ni para aumentar los rendimientos, ni para reducir los costos de producción, pues "... por contrario, implica mayores costos para que (sic) aquellos tienen diferentes sistemas establecidos".

Segundo cargo: *Violación de los artículos 114, 121, 122, 333, de la Constitución Política de Colombia de 1991*, último este que garantiza la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada lícita, el cual resulta vulnerado con la expedición por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de la Resolución 1296 de 1991 al "limitar la venta de productos con presentaciones caprichosamente establecidos".

El accionante argumenta cómo, en ocasiones anteriores, en alguna región de Colombia se ha expedido el café en presentaciones distintas a las permitidas actualmente por el acto acusado, sin que ello haya perjudicado al consumidor, práctica esta que incluso en otros países actualmente se lleva a cabo.

Con la resolución demandada, en cambio, se perjudica a los productores, ya que se les obliga a variar los tradicionales sistemas de empaque y mercadeo utilizados, pues sería necesario un cierto tipo de empaque para la producción con destino interno y otro en el café para la exportación.

Por otro lado, la libertad de presentaciones en empaques flexibles no implicaría, en momento alguno, "... expender menos producto del ofrecido..." siendo así, por todo esto, lícita y conveniente tal medida.

En cuanto a la violación de los artículos 121 y 122 de la Constitución Política, el actor la deriva del hecho de atribuirse la Superintendencia de Industria y Comercio funciones que no tiene. Sobre la transgresión del artículo 114 de la misma Carta, expresa que ésta se produce al ejercer dicha entidad funciones legislativas que correspondan al Congreso "... por cuanto la resolución atacada rebasa las atribuciones señaladas por la ley".

Tercer cargo: *Violación del artículo 84 del C. C. A.*, toda vez que la resolución impugnada infringe las normas en que debía fundarse y fue expedida por funcionario u organismo incompetente.

d.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión, la parte demandada expresa en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 51 a 54 y 61 a 64 Cdno. No. 1) :

En cuanto al primer cargo, afirma la defensa cómo es cierto que el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 - norma que no cita el acto acusado- no otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de "determinar la presentación de los productos de comercialización en relación con la cantidad del producto que se expende", pero el Superintendente respectivo expidió el acto en uso de facultades que "en forma genérica le confiere el literal g) del artículo 8 del Decreto 149 de 1976: 'dictar reglamentos en materia y control y vigilancia de precios'".

Ahora bien, el objeto final de dicho precepto es el de controlar y vigilar los precios; lo cual se evidencia en el contenido del acto impugnado, al establecer "unidades de presentación utilizando el sistema métrico decimal como sistema internacional en empaques flexibles en que se comercialice el café molido, se prevenga al consumidor sobre posibles errores, confusiones o fraudes en la venta del bien respecto de su cantidad, calidad, volumen, peso o medida inferior a la anunciada, convenida o declarada".

Así las cosas, se determina cómo el Superintendente de Industria y Comercio tenía competencia para ejercer control preventivo sobre la materia, y aún cuando en el encabezamiento de la resolución contentiva del acto acusado se omitiese citar el literal pertinente del Decreto facultativo, sí aparece mencionado su número en la resolución, concluyendo, de esta forma, que no ha existido violación del mencionado estatuto, máxime cuando "...la norma facultativa aludida (Dcto.149/76) no necesariamente tiene que estar describiendo lo que en particular se va a regular en la resolución en forma minuciosa y detallada dada la diversidad de modalidades de control, y menos cuando la materia intervenida y a racionalizar en el artículo 1o. demandado del aludido acto está respaldada, para efectos de la competencia por el literal e) del artículo 43 del Dec. 3466 de 1982 cuya cita aparece expresamente en los considerandos de la Resolución 1296/71".

De igual manera, se afirma que existe consonancia entre el Decreto 3466 de 1982, artículo 43, literal e), y la resolución impugnada, toda vez que en el primero se faculta para "Establecer las normas necesarias para la implantación del sistema métrico decimal en los sectores de la industria y el comercio que no lo utilizan, y para la racionalización de las unidades de venta. "... mientras que por la segunda "se adopta el Sistema Internacional de Unidades 'SI' en la Comercialización del Café Molido", de forma que un precepto general facultativo se encuentra particularizado en la Resolución 1296 de 1991.

Así, pues, los efectos del acto no podrían ser otros que los de "ordenar, prohibir o permitir las situaciones que son objeto de regulación legal así como advertir la sanción en caso de incumplimiento, aspectos que están implícitos en el carácter de la ley". De esta forma, se considera, no se presenta causal de nulidad de la resolución acusada por existir "... debida

competencia sobre la materia y sobre la expedición del acto", aún cuando "... el precepto fundamentador no esté expresando 'competencia para limitar o prohibir el expendio de café molido en empaques flexibles'".

A su vez, fue la ley 73 de 1981 la que dio origen al Decreto 3466 de 1982 y lo dispuesto por el literal e) del artículo 43 constituye el fundamento de la resolución acusada. El citado Decreto, por medio del cual "... el Estado interviene en el control de la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor (artículo 1o.) dando facultades al Ejecutivo, entre otras, para dictar normas sobre la responsabilidad de los productores cuando el contenido de los productos no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor (artículo 3) así como la vigilancia y control de las unidades de peso, volumen y medidas y el establecimiento de sistemas especiales de carácter estatal que permitan a los consumidores verificar su exactitud ... (artículo 6)".

Igualmente el artículo 14 del mismo Decreto 3466 de 1982, determina la materia que corresponde regular al determinar sobre la información veraz y suficiente que se le debe dar al consumidor "... acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios...", prohibiendo en consecuencia, "... inducir a error respecto de ... el volumen, peso o medida, los precios... la cantidad..." de los mismos. Así, pues, existe de igual forma consonancia entre la materia y naturaleza del asunto del Decreto 3466 de 1982, literal e) del artículo 43 y la Resolución 1296 de 1991.

En cuanto al cargo segundo, la defensa manifiesta que la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir el acto racionalizado las unidades de venta del café no está actuando "... caprichosamente y prohibiendo el expendio de café molido en empaques flexibles en presentaciones distintas a 20, 50, 100, 125, 250, 500, 1.000 y 2.500 gramos.", máxime si se tiene en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio acogió los criterios y recomendaciones previamente formulados por la Federación Nacional de Cafeteros como quiera que es el "... máximo organismo rector de la calidad y comercialización de café en este país".

Los motivos que se aducen para que el café en envase flexible (bolsas, talegas, papel o polietileno) se racionalice exclusivamente en las presentaciones mencionadas son los de que con dichas medidas se evitan "... desordenes y distorsiones en el mercado respectivo...", a la vez que determina "... un menor costo al empleador y un precio final al alcance de todos lo sectores sociales".

No sucede lo mismo con el café en envases rígidos (vidrio, hojalata, etc.), pues la razón de ser de su libertad en presentaciones que le otorga la resolución demandada, es la de facilitar "... un mejor control en el contenido de su volumen, peso, medida del producto vendido al detal al consumidor final previniendo así cualquier confusión o fraude al respecto, y

fundamentalmente porque tal clase de empaque o envase, en su conformación física y visual, está precedido y supeditado a la confección de modelos industriales o matrices determinados, hechos en acero inoxidable, lo cual implica una mayor estructura, alta tecnología y por ello mayores costos de producción para el industrial y por ende un precio máximo de venta al público más alto que el café vendido al detal en envases flexibles".

Por último se especifica cómo el Decreto 3466 de 26 de diciembre de 1982, en su artículo 4o., determina, en los términos del Decreto 149 de 1976, que el organismo competente para controlar el cumplimiento en la materia es la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los alegatos de conclusión la defensa expone suscintamente lo siguiente:

Hace notar una evidente contradicción por parte del actor al demandar exclusivamente el artículo 1o. de la Resolución 1296 de 29 de julio de 1991, como quiera que las demás normas del mencionado acto "tienen intima relación con la primera", aún cuando en la argumentación del accionante afirme que se está vulnerando el ordenamiento jurídico con el contenido total del acto.

Se refiere a que el accionante invoca además en la demanda cómo el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 que contiene 15 literales no atribuye la función aquí discutida a la Superintendencia, sin observar que el artículo 8o., literal g) del mismo estatuto la faculta para "dictar reglamentos preventivos en sus diversas modalidades de control en orden del interés general del consumidor". Con base en ello, incluso, la entidad ha regulado y racionalizado otros productos tales como la sal (Resolución 2411 de 1988), la venta de azúcar (Resolución 2410 de 1988), por el sistema 'SI' las pastas (Resolución 1295 de 1991) y otros.

Finalmente se solicita se denieguen las súplicas de la demanda dado que "no contiene ni se ha probado" vicio de nulidad en cuanto a la competencia para su existencia y validez, pues no se usurparon con el acto funciones de otra autoridad administrativa en la materia. A su vez, concluye que no se produjo violación de una norma superior en forma directa ni indirecta.

e.- 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 proveído de 20 de enero de 1992, se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite correspondiente (fls. 8 y 9).

Por auto de 9 de abril de 1992, se dispuso correr traslado a las partes para que formulacen alegatos de conclusión, y a la señora Agente del Ministerio Público para que emitiese su concepto, toda vez que no existían pruebas que decretar (fl. 59).

Dentro del término de traslado, la parte demandada presentó alegato de conclusión (fls. 61 a 64).

La señora Agente del Ministerio Público ante la Sección Primera de esta Corporación no emitió concepto alguno.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la lectura de los tres (3) cargos formulados en contra del acto demandado, la Sala concluye que el aspecto central a definir es el relacionado con la competencia o la incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para establecer, mediante la norma acusada, limitaciones al expendio de café molido, con relación a su peso y al tipo de empaque utilizado para su comercialización en Colombia.

En consecuencia, la Sala procede al análisis de dicho aspecto central, desde el ángulo de la alegada violación de las normas legales que se citan en el primer cargo, pues sólo en la medida en que se deduzca su transgresión cabría predicarse que el acto acusado desconoce los preceptos contenidos en las normas constitucionales ya referenciadas en otro acápite de esta sentencia.

En este orden de ideas, el actor estima que el acto demandado transgrede el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 y el artículo 46, literal e) del Decreto 3466 de 1982, norma esta última que, a pesar de omitirse su cita concreta en la demanda, corresponde a la transcripción que de ella realiza el demandante.

Cabe recordar que la parte actora deduce la transgresión de la primera de las mencionadas normas, basada en que, según expresa, dentro de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en ella asignadas no es encuentra la de "... prohibir a los comerciantes expender los productos en determinadas cantidades" (fl. 3).

En relación con el anotado concepto de violación, la Sala precisa los siguientes aspectos:

a) Tal y como se expresa en el encabezamiento de la Resolución 1296 de 1991, contentiva del artículo 1o. acusado, ésta se expidió por el Superintendente de Industria y Comercio, invocando como fundamento legal, entre otras, las facultades que le confiere el Decreto 149 de 1976, en forma genérica, es decir, sin particularizar norma alguna de dicho estatuto, integrado por 44 artículos.

b) Si bien existe libertad para los demandantes en la escogencia de las normas que consideren transgredidas por los actos que se acusan, el hecho mismo de que ellas no regulen las materias o facultades propias de la reglamentación contenida en aquellos, no implica, en manera alguna, que se incurra en su violación, pues tales materias o facultades pueden derivarse de otras normas legales, bien sea contenidas en el mismo estatuto del cual forman parte integrante las citadas por los demandantes,o en otras.

c) Ley, en sentido general, es todo acto emanado del Estado, que contiene una regla de derecho objetivo, la cual se dicta con carácter general, abstracto o impersonal y, por lo mismo, no puede pretenderse que ella misma particularice la infinidad de aspectos que puedan caer bajo su mandato, pues ello es, precisamente, el objeto y la finalidad del reglamento.

Precisados los aspectos anteriores, con fundamento en ellos, en la motivación del acto acusado y en sus antecedentes administrativos, la Sala considera lo siguiente:

1o-. No hay duda acerca de que el antecedente inmediato de la norma acusada se encuentra consignado en la comunicación DC-893 de 26 de junio de 1991, dirigida por el Jefe del Departamento de Consumo Nacional de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia al Superintendente Primer Delegado de Industria y Comercio (fls. 33 y 34). En efecto, mientras el segundo considerando de la Resolución No. 1296 de 1991 expresa que "... la comercialización de Café Molido en presentaciones como las de 45 y 62.5 gramos en nada beneficia al consumidor sino más bien crea distorsiones en el mercado", en la citada comunicación, la cual, según allí consta, fue el producto de "...nuestra conversación efectuada en su oficina el día 24 de junio de 1991, a la forma como tradicionalmente se ha comercializado el café molido en Colombia, y una vez analizados los documentos que usted gentilmente nos hizo llegar..." se considera que:

> "... presentaciones como las de 45 y 62.5 gramos, o la libertad para la comercialización de otros gramajes muy próximos a los existentes, no beneficia al consumidor, sino que más bien crea desordenes y distorsiones del mercado en su contra.
>
> "El sistema que hemos venido adoptando, se ajusta al métrico decimal, el cual es de fácil control.
>
> "Dadas las anteriores consideraciones, solicitamos comedidamente a ese organismo, se sirva proferir una Resolución para que las tostadoras expendan el café molido en empaques flexibles (no rígidos), únicamente en las presentaciones que señalamos a continuación:

"2.500 gramos, 1.000 gramos, 500 gramos, 250 gramos , 125 gramos, 100 gramos, 50 gramos y 20 gramos.

"No obstante, para el caso de empaques y envases rígidos (v. gr. vidrio, hojalata, etc.) por la naturaleza y el destino de los mismos, la Resolución puede autorizar libertad de presentaciones.

"Igualmente solicitamos que dicha Resolución haga énfasis sobre los empaques o envases en los cuales se expende el café en el sentido que deberán cumplir con los requisitos mínimos fijados en cuanto a leyendas autorizadas y las establecidas en la Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria 512 (Primera Revisión) "Productos alimenticios. Rotulado", que previamente esta entidad les hizo conocer mediante Circular DC-597 del 24 de abril/91 y que les anexamos a la presente".

2o. Si bien es cierto que ninguno de los quince (15) literales de que consta el artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio para regular aspectos como los contenidos en los dos primeros incisos de la norma acusada, no lo es menos que los términos del "considerando" citado en el numeral que antecede y del fundamento legal, ya descrito, para dictar la Resolución No. 1296 de 1991, se deduce que las medidas en ellos adoptadas tiene como soporte la competencia que al Superintendente de Industria y Comercio otorga el literal g) del artículo 8o. del mismo Decreto 149 de 1976, para "Dictar reglamentos en materia de control y vigilancia de precios", como quiera que resulta indiscutible el que la presencia en el mercado nacional de una variedad incontrolada de presentaciones de un producto va en detrimento no sólo de la calidad e higiene del mismo, sino también del consumidor y, sobre todo, no permite al citado organismo público ejercer el adecuado control y la vigilancia que en relación con los precios le compete.

Es por lo anterior que la Sala acoge, en este sentido, los argumentos de la parte demandada, cuando en su contestación de la demanda, expresa:

"El objeto final de dicho precepto como del contenido del acto impugnado está dirigido al control y vigilancia de los precios, particularmente en el caso que nos ocupa para que al establecer unidades de presentación utilizando el sistema métrico decimal como sistema internacional de unidad en empaques flexibles en que se comercialice el café molido, se prevenga al consumidor en los posibles errores, confusiones o fraudes en la venta del bien respecto de su cantidad, calidad, volumen, peso o medida inferior a la anunciada, convenida o declarada" (fl. 51).

Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto la Sala concluye que el acto cuya nulidad se solicita, en los aspectos analizados, no incurre en violación

del artículo 6o. del Decreto 149 de 1976 pues se da el caso que la competencia para su expedición no procede de él, sino del artículo 8o., literal g) del mismo estatuto.

Ahora bien, en lo relativo a la alegada violación del artículo 46, literal e) del Decreto 3466 de 1982, el cual asigna como función de la Superintendencia de Industria y Comercio la de "Establecer las normas necesarias para la implantación del sistema métrico decimal, en los sectores de la industria y el comercio que no lo utilizan, y para la racionalización de las unidades de venta", la Sala considera que las reflexiones que en su demanda hace el actor en relación con las acepciones lingüísticas del término "racionalizar" que contiene la norma presuntamente violada, y que también sirve de sustento al acto acusado, no logran desvirtuar el criterio que del mismo término pudo haber tenido la Superintendencia de Industria y Comercio para aplicar el sistema métrico decimal a las unidades de venta del café, en sus diversas presentaciones de empaque y peso, pues dichas reflexiones en sí mismas no pueden ser consideradas como las únicas valederas, con argumentos irrebatibles para destruir la presunción de legalidad del acto demandado, más aún si los argumentos que en su defensa trae al proceso la entidad demandada son para la Sala suficientemente sólidos y razonables. Es por ello que la Sala no encuentra razón valedera para predicar que el acto acusado incurra en violación de la mencionada norma.

Dado que en su demanda el actor no cuestiona la legalidad de los incisos tercero y cuarto de la norma acusada, la Sala se abstiene, por lo mismo, de hacer cualquier consideración al respecto.

Como consecuencia de lo anterior, habiéndose llegado a la conclusión acerca de que el acto acusado no incurre en violación de las normas legales invocadas por el actor y, como consecuencia de ello, el que al expedir éste la Superintendencia de Industria y Comercio actuó dentro de los límites de su competencia, la Sala no encuentra ni deduce violación alguna de los artículos 114, 121 y 122 de la Carta Política, como tampoco de su artículo 333, pues la libertad económica y la iniciativa privada que ella consagra, debe ejercerse "... dentro de los límites del bien común", a los cuales, en criterio de la Sala, tiende el acto acusado.

Finalmente la Sala hace notar que tampoco puede presentarse la violación del artículo 84 del C. C. A., a que hace referencia el tercer cargo de la demanda, ya que esta norma lo que consagra es la posibilidad de ejercer la acción de nulidad con base en unas causales determinadas, que es lo que ha hecho el autor al instaurar la demanda que dio origen a este proceso, sin que pueda entenderse cómo el acto administrativo acusado pueda haberla violado.

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

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- Comuníquese esta sentencia al señor Superintendente de Industria y Comercio, con envío de la misma.

Tercero.- En firme este fallo, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INTRA - Facultades / **REGISTRO TERRESTRE AUTOMOTOR**

Si bien es cierto que el Intra es el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito lleven el registro terrestre automotor, también lo es que tales normas deben sujetarse a las reglas estatuidas en la ley respectiva. Tal preceptiva legal (art. 8o. del Decreto-Ley 1809 de 1990) en manera alguna establece requisito adicional cuando el pretendido registro lo hace una persona jurídica. Al no hacerlo así, la prueba de la existencia y representación legal de ella debe hacerse conforme a las regulaciones del C. de Co. DECRETA LA NULIDAD del acuerdo No. 00034 de 12 de agosto de 1991 "Por el cual se dictan disposiciones en materia de tránsito terrestre automotor y se deroga el acuerdo 0035 de 1990", expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte -INTRA, en las siguientes partes: a) la expresión "cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta días calendario" contenida en el parágrafo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104; y b) la expresión "el propietario lo solicitará" contenida en el artículo 104.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Referencia: Expediente N^{o}. 1913. Acción Nulidad Actor: Rodrigo Hernán Galarza Naranjo.

El ciudadano Rodrigo Hernán Galarza Naranjo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C. C. A., ha presentado demanda ante esta Corporación a fin de que se decrete la nulidad del Acuerdo número 00034 de 12 de agosto de 1991 "Por el cual se dictan disposiciones en materia de tránsito terrestre automotor y se deroga el Acuerdo 0035 de 1990", expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - INTRA, en las siguientes partes: a) la expresión "cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario", contenida en el parágrafo 1o. del artículo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104; y b) la expresión "el propietario lo solicitará", contenida en el artículo 104.

I. LA CAUSA PETENDI.

Para impetrar la violación de las partes antes mencionadas del Acuerdo acusado el demandante arguyó lo siguiente:

1o) Violación directa por exigencia de condiciones adicionales a las previstas en la Constitución o en la ley.

Se observa con prístina claridad que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito en los artículos impugnados del Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991, exige una condición que no encuentra apoyo legal en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico dado que a los certificados de existencia y representación legal de las personas jurídicas no se les ha señalado término de vigencia alguna , lo cual se evidencia aún más a la luz de los artículos 30, 36 y 117 del Código de Comercio y del Decreto-Ley 1809 de 1990 - con base en el cual se expidió - y especialmente en el artículo 87 inciso 2o. de éste. En dichas normas no existe facultad alguna para fijar un plazo de vigencia a dichos certificados, como tampoco las hay en el Código Civil respecto de las sociedades civiles, fundaciones y corporaciones, ni de los órganos cooperativos (artículo 18 de la Ley 79 de 1988) y ni las entidades de carácter financiero, como se desprende del Decreto 1730 de 1991.

Si no hay norma expresa que autorice a dicho organismo a establecer requisitos adicionales, mal puede hacerlo, toda vez que en ese instante incurre en violación de los artículos 83, 84 y 121 de la Constitución Nacional y de las normas ya enunciadas del Código de Comercio.

2o) Violación directa por contradicción manifiesta del acto acusado con el texto de la ley.

Conforme al ordinal 10o. del artículo 2o. del Decreto-Ley 770 de 1968 es función esencial del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito "Cumplir y Hacer cumplir el Estatuto Nacional de Transporte". El artículo 6o. ordinal

16 del Decreto 2326-2623 -aclara la Sala- de 1985, por su parte, le asigna como función la de "Reglamentar, organizar e implementar los Registros Nacionales Automotor ...al igual que la expedición de licencias de conducción y matrícula de vehículos". Estas funciones deben ejecutarlas con sujeción a los artículos 87, 88 y 92 del Decreto Ley 1809 de 1990 (Código Nacional del Tránsito Terrestre).

El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito al expedir el Acuerdo número 00034 de 12 de agosto de 1991 está contrariando, manifiesta y evidentemente, las normas de superior jerarquía antes enunciadas, toda vez que en ninguna de éstas prevé la fijación de un término de vigencia para los certificados de existencia y representación de las personas jurídicas, como tampoco señala que las inscripciones en el registro terrestre automotor respecto de la constitución o levantamiento de límites o gravámenes al derecho de dominio deban ser solicitadas por el propietario, puesto que, por el contrario, de un lado la ley calla, y del otro, ordena imperativamente que en el registro "se inscriba TODO ACTO O CONTRATO relativo al derecho de dominio en cuanto IMPLIQUE CONSTITUCION, DECLARACION, ADJUDICACION, MODIFICACION, LIMITACION, GRAVAMEN, MEDIDA CAUTELAR " (artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990).

El texto de los artículos del Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991, de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Tránsito y Transporte, que contienen las expresiones acusadas, en el siguiente:

El parágrafo 1o. del artículo 81 dice:

"Cuando el comprador es una persona jurídica deberá anexar el certificado de existencia y representación respectivo cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario.".

El literal d) del artículo 95, es así:

"Cuando el vendedor o comprador es una persona jurídica deberá presentar el certificado de existencia y representación, cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario."

El artículo 104 reza:

"Para efectos de la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor, el propietario lo solicitará ante el organismo de tránsito donde esté registrado, observando el siguiente trámite:

a)...

b)...

c)...

d)...

e) Si la inscripción o levantamiento es efectuado por una persona jurídica, deberá anexar certificado de existencia y representación cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario".

II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

En el auto admisorio de la demanda de 27 de marzo del presente año se decretó la suspensión provisional de las partes acusadas del Acuerdo 00034 de 12 de Agosto de 1991 por considerar la Sala que contrarían abiertamente los artículos 88 del Decreto Ley 1809 de 1990, 84 y 121 de la nueva carta.

II. 1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional de Tránsito y Transporte se hizo parte en el proceso y por medio del apoderado contestó en tiempo oportuno la demanda aduciendo lo siguiente:

La Junta Directiva del INTRA, al expedir el Acuerdo No. 0034 del 12 de Agosto de 1991, incluyó en el parágrafo 1o. del artículo 81 con relación al registro inicial de vehículos, y que en tratándose de personas jurídicas deberán anexar el certificado de existencia y representación respectivo, cuya fecha de expedición no deber ser mayor de treinta días calendario; el literal d) del artículo 95, que hace alusión al cambio de propietario por traspaso de un vehículo y el literal e) del artículo 104 con respecto a la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad, también contempla exigencia a las personas jurídicas para que anexen certificado de existencia y representación, cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario. Pues bien, en el caso de los artículos suspendidos el Instituto los expidió con base en las facultades que le otorga la precitada Ley 53 de 1989, toda vez que no hizo una reglamentación en forma general, sino especial para los diferentes trámites que adelantan los usuarios de tránsito terrestre automotor, buscando incuestionablemente garantía y seriedad para los propietarios de los automotores, por cuanto el espíritu de la norma al exigir a las personas jurídicas acreditar su existencia y representación en un término no mayor a treinta (30) días, es justamente el de buscar la certeza de que los representantes legales de las sociedades comerciales que aparecen registradas

en las certificaciones, son quienes están ejerciendo las respectivas funciones y garantizar de esta manera la vigencia y la existencia de la correspondiente empresa.

Es importante advertir que certificados de gerencia y representación legal expedidos sin límite, han originado que se surtan trámites ante las autoridades de tránsito, por quienes han hecho dejación del cargo, ocasionando inconvenientes.

II 2- Tanto la parte actora como la demandada alegaron de conclusión reiterando los puntos de vista esbozados en el libelo demandatorio y en la contestación del mismo.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las razones expuestas en el auto que decretó la suspensión provisional de las partes del Acuerdo acusado conservan plena virtualidad y sirven también de sustento para decretar su nulidad. Dijo la Sala al efecto:

> "A través del parágrafo 1o. del artículo 81, del literal d) del artículo 95 y del literal e) del artículo 104 acusados se establece como obligación de las personas jurídicas cuando pretendan, en su orden, el registro inicial de un vehículo automotor, o el cambio de propietario en dicho registro, o la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor, la de anexar el certificado de existencia y representación legal con una fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario.
>
> "Si bien es cierto, que el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito por mandato de artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990 es "el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito lleven el registro terrestre automotor", también lo es, que tales normas deben sujetarse a las reglas estatuidas en dicho artículo, el cual en su primer inciso prescribe que "El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato, providencia judicial, administrativo o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros".
>
> "Tal preceptiva legal en manera alguna establece requisito adicional cuando el pretendido registro lo hace una persona jurídica. Al no hacerlo

así, la prueba de la existencia y representación legal de ella debe hacerse conforme a las regulaciones del Código del Comercio.

"Lo anterior pone de presente, sin mucho esfuerzo mental, que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Tránsito y Tranporte -INTRA-, al establecer que el certificado de existencia y representación legal de las personas jurídicas debe anexarse con fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario, en los eventos previstos en los artículos acusados, contrarió abiertamente el referido artículo 88 y con mayor razón el 84 de la Carta el cual establece que "Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio". Igualmente desconoció el artículo 121 de la misma que prohibe a las autoridades "ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley".

"La Sala considera también que el artículo 104 cuando establece que para efectos de la inscripción o levantamiento de limitación o gravamen a la propiedad de un vehículo automotor , el propietario lo solicitará ante el organismo donde esté registrado, desatiende en forma ostensible el artículo 88 del Decreto-Ley 1809 de 1990, pues éste en forma amplia estatuye que en el registro terrestre automotor debe inscribirse "todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres", es decir, sin tener en cuenta la persona que lo solicita".

Debe, pues, accederse a la nulidad solicitada.

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

FALLA:

1o) Decrétase la nulidad del Acuerdo número 00034 de 12 de Agosto de 1991 "Por el cual se dictan disposiciones en materia de tránsito terrestre automotor y se deroga el acuerdo 0035 de 1990", expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Tránsito y Transpote-INTRA-, en las siguientes partes: a) la expresión "cuya fecha de expedición no debe ser mayor a treinta (30) días calendario", contenida en el parágrafo 1o. del artículo 81, en el literal d) del artículo 95 y en el literal e) del artículo 104; y b) la expresión "el propietario lo solicitará," contenida en el artículo 104.

2o) Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día trece (13) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DEL TABACO-Improcedencia

El inciso 2o. del artículo 31 de la Carta Fundamental vigente al momento de presentar la demanda (336 de la Nueva Constitución), permite el establecimiento de monopolios oficiales pero sólo como arbitrio rentístico, es decir, con fines puramente fiscales, y en virtud de ley. Esta consagración constitucional del monopolio le confiere un régimen de derecho público por el que, en beneficio del Estado, se sustrae de la libre competencia de una empresa o categoría de empresas, permitiéndole así a la entidad territorial correspondiente ser la depositaria exclusiva de la oferta en el mercado. La tradición legislativa en Colombia en materia de tabaco permite apreciar que su cultivo, beneficio y venta no ha sido precisamente objeto de monopolio, sino materia de gravamen de un impuesto de consumo. Al establecerse por un departamento, sin justificación ni autorización legal, una reglamentación para el tabaco, similar y de la misma naturaleza a la de los licores destilados, supuso en forma equivocada que en el caso del tabaco estaba frente a un monopolio a su favor.

DECRETA LA NULIDAD del término "tabaco" contenido en los artículos 527 y 528 del Decreto Ordenanzal No. 601 de 13 de septiembre de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1933. Actor: Francisco Javier Llano Rodríguez.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 29 de noviembre de 1991.

I.- ANTECEDENTES

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

El ciudadano y abogado Francisco Javier Llano Rodríguez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó, el 26 de noviembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo del Quindío, la nulidad del término "TABACO" introducido en los artículos 527 y 528 del Decreto Ordenanzal No. 601 de 13 de septiembre de 1989, expedido por el Gobernador del Quindío.

b.- Los actos acusados (fl. 64 del Cdno. No. 1):

Son los artículos 527 y 528 del citado Decreto Ordenanzal, pero sólo en relación con el término "tabaco" en ellos contenido.

El texto de dichos artículos es el siguiente:

"Artículo 527.- Noción. En desarrollo de los monopolios rentísticos que de conformidad con la Constitución y la Ley posee el Departamento, se podrán celebrar con personas naturales o jurídicas, contratos con el objeto de autorizar la producción, introducción, almacenaje, distribución y venta del Tabaco y Licores de cualquier origen, con la finalidad de agilizar el comercio de esos productos, en procura de un mejor comportamiento rentístico".

"Artículo 528.- Valor del Contrato. El valor del contrato está determinado por el monto de los impuestos sobre el consumo que se causen en razón de la actividad objeto del contrato.

"Para los contratos de introducción, distribución y/o venta de licores y tabaco, la cuantía mínima será de Quinientos mil pesos ($500.000.oo) para los primeros, y de Cien mil pesos ($100.000.oo) para los segundos, respectivamente, que serán cancelados a mas tardar al finalizar el término de los mismos, sin consideración a que efectivamente se hubiesen causado. Cuando la actividad de introducción, distribución o

venta, causen a favor del erario departamental, sumas superiores a la estipulada como valor del contrato, el Contratista deberá cancelar dichas sumas dentro del mismo periodo.

"Parágrafo. En el texto de los contratos a que se refiere este capítulo, se entenderá incorporada la obligación del Contratista de cancelar los impuestos sobre todos los productos objeto del contrato que introduzcan, inmediatamente ingresen al territorio departamental. En caso de reajuste de precios al consumidor, el Contratista deberá cancelar inmediatamente al Departamento, los mayores valores que se causen por concepto del impuesto al consumo, liquidados sobre los productos no expedidos al público".

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 1 a 3 del Cdno. No. 1) :

El Gobernador del Quindío en ejercicio de autorizaciones *pro témpore* conferidas por la Asamblea Departamental, expidió el Código Fiscal para el departamento a través del Decreto Ordenanzal No. 601 de 13 de septiembre de 1989.

Dicho Decreto fue publicado en la Gaceta Departamental del Quindío el día 23 de noviembre de 1989, fecha a partir de la cual empezó a regir. La Gaceta lleva el número 661.

A la fecha de esta demanda, el Código Fiscal se encuentra vigente y rige plenamente.

El Decreto en cuestión, en sus artículos 527 y 528 contiene el término TABACO cuya nulidad se impetra.

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. 3 a 10 del Cdno. No. 1) :

Afirma que con la introducción del término TABACO en los artículos 527 y 528 citados, se violaron los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Constitución Nacional de 1886; 1o., inciso 2o. de la Ley 10 de 1909 y 1o. de la Ley 91 de 1931.

De otro lado, dice, el artículo 528 viola además el artículo 4o. del Decreto 214 de 1969 y el artículo 9o. del Decreto 1095 de 1984, armonizados

con los artículos 91 de la Constitución Nacional y 62- numeral 1o.- del Decreto 1222 de 1986.

Primer cargo: Violación de los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Carta.- El artículo 31 de la Carta permite a la ley, en ciertos casos, limitar y aún negar los derechos y libertades consagrados en los artículos 30, 32 y 39 de la misma, porque autoriza los monopolios de derecho, que consisten en reservar al Estado, en forma exclusiva cualquier actividad que produzca ingresos, lo cual conlleva la potestad de prohibir a los particulares el ejercicio de la misma.

No existe ley alguna que establezca el monopolio del tabaco o que autorice a los departamentos a hacerlo. Por el contrario, existe norma expresa que prohibe a éstos implantar este sistema, como se verá en el cargo siguiente.

La Ley 14 de 1983 establece, en sus artículos 61 y 63, a favor de los departamentos, el monopolio sobre la producción, distribución y venta de licores destilados, más no sobre el tabaco, como equivocadamente supone el Departamento del Quindío y en el Código Fiscal.

Segundo cargo: Violación del inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 10 de 1909.- Esta norma consagró como principio que en materia de tabaco, los departamentos en ningún caso pueden establecer el sistema de monopolio. Su texto, como puede verificarse, es tan claro que sobra cualquier explicación para demostrar que el Decreto 601 de 1989 al incluir el tabaco en los artículos 527 y 528 desconoció esta tajante prohibición.

Tercer cargo: Violación del artículo 1o. de la Ley 91 de 1931.- Como desarrollo del principio constitucional de la libertad de empresa, esta disposición ordenó:

> "Desde la sanción de la presente Ley queda prohibido a los Municipios gravar con impuesto alguno el simple tránsito por su territorio de los semovientes y demás productos de industrias nacionales y establecer medidas que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial de éstos en el territorio del país.
>
> "Se exceptúa de esta prohibición el impuesto municipal de circulación de vehículos.
>
> En ningún caso podrá cobrarse en un Municipio impuesto de consumo sobre los productos de que habla este artículo, si allí estuvieren libres del mismo gravamen los productos industriales obtenidos dentro de su propio territorio; ni tampoco podrá cobrarse los artículos producidos en otro Municipio del país, impuesto alguno de consumo a una rata

mayor de aquella a que esté gravado el consumo de los artículos similares producidos dentro del territorio del mismo Municipio.

"Parágrafo. Las prohibiciones establecidas en este artículo para los Municipios, *se extienden igualmente a los Departamentos*" (las subrayas son del actor).

Al establecerse en los artículos 527 y 528 cuestionados que para producir, introducir, almacenar, distribuir y vender tabaco se requiere de la celebración de un contrato con el Departamento, se está estorbando, dificultando, embarazando y restringiendo al máximo el libre intercambio comercial de dicho producto, pues tales actividades quedan supeditadas a la omnímoda voluntad del Departamento y no a la libre voluntad de los particulares, pues será el ente territorial a través del contrato el que determine quien puede efectuar los mencionados actos y bajo qué condiciones, circunstancias y limitaciones.

Esta regulación departamental desconoce la prohibición que al efecto tienen señalada los departamentos en la disposición legal que se indica como quebrantada y ha sido transcrita.

Cuarto cargo: Violación de los Decretos 214 -artículo 4o.- y 1095 de 1984 -artículo 9o.- armonizados con los artículos 191 de la Constitución Nacional y 62 numeral 1o. del Decreto 1222 de 1986.- La competencia impositiva de las Asambleas es una facultad subordinada a la ley al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 de la Constitución y del artículo 62 numeral 1o. del Decreto 1222 de 1986, pues debe hacerlo "con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", tesis ésta que ha sido constante y reiterada en innumerables providencias del Consejo de Estado.

El impuesto al consumo del tabaco es de orden nacional. En efecto, la Ley 10 de 1909 entregó la renta sobre el consumo del tabaco a los departamentos que quisieran establecerla, autorizándolos para percibirlo en la forma que estimaren mas conveniente.

Luego, el Gobierno Nacional por medio del Decreto 1626 de 1951 (hoy derogado) determinó las tarifas sobre el consumo del tabaco de fabricación nacional en sus diferentes especies. Después el Decreto 214 de 1969 se ocupó de regular los elementos principales del impuesto: base gravable, momento de causación, etc.

Por último, la Ley 14 de 1983 determinó el valor de los impuestos de consumo departamental (lo que se reprodujo en el artículo 135 del Decreto 1222 de 1986), y el Decreto Reglamentario No. 1095 de 1984 determinó la forma de su liquidación y término para pago.

El criterio del carácter nacional del impuesto de consumo al tabaco ha sido reafirmado por el Consejo de Estado en sentencia de 10 de febrero de 1972, expediente No. 1878, Ponente doctor Hernando Gómez Mejía, Sección Cuarta.

Estando claro que la competencia impositiva de las Asambleas es una facultad subordinada a la ley, y que el impuesto de consumo del tabaco es de índole nacional, se comprenderá claramente que los Decretos 214 de 1969 y 1095 de 1984 deben ser respetados y acatados por los Departamentos.

Por el primero de ellos "se dictan normas sobre el impuesto al consumo de tabaco". En su artículo 4o. se indica de manera muy precisa el momento de causación del impuesto. En efecto, dice así este precepto:

> "Los impuestos se causan en el momento de la distribución, o sea en el de la entrega real o simbólica de los productos por parte de los distribuidores a los vendedores al detal".

Sin embargo, el Gobernador del Quindío cambia el expresado momento de causación y lo fija, anticipándolo, al momento de ingreso al territorio departamental, según se ordena en el parágrafo del artículo 528 del Código Fiscal.

De otro lado, el Decreto Reglamentario 1095 de 1984, en su artículo 9o. señala de manera nítida los periodos de liquidación y pago del impuesto de consumo, cuando dispuso que :

> "El impuesto sobre el consumo de tabaco y cigarrillo a que se refiere el artículo 73 de la Ley 14 de 1983, deberá liquidarse por periodos vencidos de quince (15) días calendario, sobre las entregas realizadas por distribuidores en tales periodos y será pagado dentro de los quince (15) días calendario siguientes a tal periodo".

No obstante la claridad de la norma transcrita y sin que norma legal alguna haya autorizado a variar por los Departamentos estas condiciones y términos, el parágrafo del artículo 528 del Código Fiscal del Quindío, dispuso a su amaño que la obligación de cancelar los impuestos de consumo surge en el instante inmediato del ingreso de los productos al Departamento. Y que en caso de reajuste de precios al consumidor, dichos impuestos deben cancelarse inmediatamente ocurrida el alza, sobre los productos no expendidos al público.

De esta manera el parágrafo del artículo 528, por desconocer el sistema tributario nacional, y por ignorar expresas prohibiciones legales, viola las disposiciones indicadas como tales en este cargo.

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. 2 a 13 Cdno. No. 2 y 119 a 122 Cdno. No. 1)

En cuanto al primer cargo, manifiesta que en manera alguna se está obstaculizando la propiedad privada y restringiendo la libertad de empresa, porque es claro que el Departamento del Quindío no ha establecido un monopolio frente al tabaco, sino que sólo ha recurrido al cobro de un impuesto sobre su consumo, y desde luego sin hacer caso omiso a una normatividad de orden nacional.

En relación con la segunda censura, anota que en ningún momento los artículos acusados desconocieron prohibición alguna al incluir el término tabaco, pues el artículo 527 estableció solamente la posibilidad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas con el objeto de autorizar la producción y negociación del tabaco, y el artículo 528, determina el valor del contrato, estima sus cuantías y el momento de su cancelación, y su parágrafo consagra la obligación que se genera para el contratista de cancelar los impuestos una vez ingresen tales productos al territorio departamental.

Con respecto al tercer cargo, expresa que no se ve conforme al artículo 32 de la Carta, como se está dificultando o restringiendo el libre comercio mediante la celebración de un contrato, ya que bien es sabido que toda mercancía de esta clase que se introduzca al Departamento debe ser controlada, pues de lo contrario degeneraría en contrabando, con menoscabo de la libertad de empresa.

En cuanto concierne al cuarto cargo, afirma que basta una simple comparación entre las normas que el actor estima violadas y los artículos 527 y 528 del Código Fiscal, para deducir que éstos no infringen aquellas.

No puede perderse de vista que conforme a la Constitución -artículo 191- las Asambleas Departamentales pueden establecer contribuciones y organizar los impuestos dentro del marco de la ley. Y, precisamente el artículo 73 de la Ley 14 de 1983, incorporado al artículo 135 del Decreto 1222 de 1986, consagró en favor de los departamentos un impuesto equivalente al 100%, sobre el precio de distribución, en el consumo de cigarrillos de fabricación nacional.

Respecto al parágrafo del artículo 528 del Decreto 601 de 1989, contrariamente a lo sostenido por el actor, esta disposición se acoge a lo preceptuado por el Decreto 214 de 1969, ya que no se ha cambiado el momento de causación del impuesto.

Menos se ha anticipado el pago de éste, porque cuando ingresan las mercancías al territorio departamental, ello sólo genera una obligación pero no el pago efectivo del impuesto, con lo cual se respeta lo preceptuado por el artículo 9o. del Decreto 1095 de 1984.

Finalmente, alega la demandada que habiendo la Asamblea Departamental derogado, el 23 de octubre de 1990, en todas sus partes el Decreto Ordenanzal No. 601 de 13 de septiembre de 1989, y habiéndose adoptado, en consecuencia, un nuevo estatuto fiscal provisional: Decreto Ordenanzal 082 de 27 de febrero de 1991, que fue publicado en la Gaceta Departamental el 1o. de marzo del mismo año, se desprende que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, carece de sentido en este caso un pronunciamiento jurisdiccional de anulación sobre lo solicitado por el actor, por sustracción de materia.

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 auto de 13 de diciembre de 1990 (fls. 83 a 86 del Cdno. No. 1) se admitió la demanda; se denegó la suspensión provisional del término "tabaco" contenido en el artículo 527 del Decreto demandado, y se decretó la mencionada medida cautelar de dicho término -tabaco-, contenido en el artículo 528 del Decreto acusado.

Por auto de 2 de abril de 1991, se abrió el proceso a pruebas, decretando como tal la documental aportada por la parte demandante (fl. 114 del Cdno. No. 1).

Mediante auto para mejor proveer, de 26 de julio de 1991 (fl. 131 del Cdno. No. 1), se ordenó expedir copia de la sentencia de 7 de febrero de 1991 dictada por el mismo Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso No. 2.449.

Por auto de 6 de mayo de 1991 (fl. 116 del Cdno. No. 1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Agente del Ministerio Público para su vista fiscal. De este traslado sólo dejó de hacer uso la parte actora.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al entrar a resolver la controversia, el tribunal de primera instancia se declaró inhibido para conocer el fondo del asunto, por sustracción de materia, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

El término "tabaco" demandado en este caso, se halla incluido en artículos que corresponden al Código Fiscal del Quindío, esto es, el Decreto Departamental con fuerza ordenanzal No. 0601 de 13 de septiembre de 1989, que, según los documentos que obran en el expediente, fue derogado, tal como aparece en el artículo 1o. de la Ordenanza de 23 de octubre de 1990, expedida por la Asamblea del Departamento del Quindío.

Conforme a la doctrina y la jurisprudencia, se da en este evento el fenómeno de la sustracción de materia. En efecto, el Consejo de Estado en varias oportunidades se ha pronunciado sobre este tema; y ha dicho, por ejemplo, que "... habiendo sido derogados los actos acusados, carece de sentido un pronunciamiento jurisdiccional de anulación sobre ellos, por sustracción de materia" (DICCIONARIO JURIDICO - Consejo de Estado 1987 - 1988. Tomo IX Vol. Segundo -F-Z. pág. 1237).

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que a continuación se sintetizan:

El Tribunal está desconociendo de plano la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 14 de enero de 1991, cuyo ponente fue el doctor Carlos Gustavo Arrieta, según la cual 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.

En consecuencia, dice, es viable una sentencia de fondo, para lo cual debe estarse a los argumentos expuestos en la demanda.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada no se presentó en el curso de esta instancia a impugnar el recurso interpuesto.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Durante el traslado a la señora Agente del Ministerio Público en esta segunda instancia guardó silencio.

VI.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Aduce el *a-quo* que al ser derogado el Decreto Ordenanzal de 13 de septiembre de 1989, expedido por el Gobernador del Quindío, cuyos artículos 527 y 528 contienen el término "tabaco", cuya nulidad se impetra en este

proceso, se presenta conforme a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el fenómeno de "sustracción de materia", razón por la cual su decisión no podía ser sino inhibitoria.

Esta determinación, como lo sostiene el apelante, desconoce la actual jurisprudencia de la Corporación, reiterada desde antes de la fecha en que se profirió aquella.

En efecto, en sentencia de 14 de enero de 1991, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta, en el expediente S-157, se consignó, entre otras cosas, lo siguiente:

> "... por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.
>
> "...
>
> "Por ello la Sala opina que, 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 orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, impero 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".

La precedente consideración lleva a la Sala a concluir que el Tribunal Administrativo del Quindío no debió inhibirse para pronunciar sentencia de mérito. Por consiguiente, habrá de revocarse la providencia apelada, lo cual impone que a continuación se haga el examen de fondo.

En relación con el primero y segundo cargos.- Presunta violación de los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Carta e inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 10 de 1909. Dada la manera como están planteados estos dos cargos y la estrecha relación entre los mismos, la Sala los considerará conjuntamente.

El inciso 2o. del artículo 31 de la Carta Fundamental vigente al momento de presentarse la demanda prescribe. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley", principios que se mantienen hoy en la Constitución de 1991 (artículo 336). Esta norma permite el establecimiento de monopolios oficiales o estatales pero sólo como arbitrio rentístico, es decir, con fines puramente fiscales, y en virtud de ley, o sea que no podrán establecerse mediante decretos ejecutivos, ordenanzas departamentales o acuerdos municipales, sino con autorización legal

Esta consagración constitucional del monopolio le confiere un régimen de derecho público por el que, en beneficio del Estado, se sustrae de la libre competencia de una empresa o categoría de empresas, permitiéndole así a la entidad territorial correspondiente ser la depositaria exclusiva de la oferta en el mercado.

Esta operación excepcional sólo puede hacerse por la vía señalada en el inciso 2o. del artículo 31 de la Carta, esto es, por medio de ley.

La Corte Suprema de Justicia al comentar la citada norma ha expresado: "Es decir que es la ley, ordenamiento de carácter nacional, la que determina la existencia o creación del monopolio, y por lo mismo la que puede señalar las condiciones, de su explotación y beneficio" (Sentencia de 3 de febrero de 1971, G.J. CXXXVIII, . 23, citada en la obra "Guarda de la Constitución", Sarria Eustorgio, Publicaciones C.E.I.D.A., Bogotá).

La tradición legislativa en Colombia en materia de *tabaco* permite apreciar que su cultivo, beneficio y venta no ha sido precisamente objeto de monopolio, sino materia de gravamen de un impuesto de consumo. Sobre este particular, Esteban Jaramillo, en su obra "Hacienda Pública", sexta edición, Editorial Voluntad Ltda., Bogotá, 1960, págs. 134 y 135, consigna que "En Colombia, como hemos dicho al hablar de los sistemas tributarios de la Colonia, el monopolio del tabaco fue una herencia de aquel régimen, el cual sólo pudo implantarlo después de grandes protestas de los cultivadores. Durante la República el monopolio rigió por algún tiempo, con resultados poco satisfactorios, y al fin fue abolido definitivamente. Hoy son libres en Colombia el cultivo, beneficio y venta del tabaco, el cual se grava con un impuesto de consumo relativamente elevado...".

Y es que no sólo no existe en el panorama legislativo colombiano ley alguna que establezca el monopolio del tabaco o que autorice a los departamentos a hacerlo, sino que el artículo 1o. de la Ley 10 de 1909

expresamente prohibe a los Departamentos implantar este sistema. Dice así esta disposición:

> "Desde la fecha en que entre en vigencia la presente ley será de propiedad de los departamentos que requieran establecer la renta sobre el consumo del tabaco, sin que en ningún caso pueda gravarse o estorbarse en forma alguna el cultivo o laboreo de las plantaciones y la preparación o aliño de la hoja hasta ponerla en estado de darla a la venta y ofrecerla al consumo público.
>
> "Dichas entidades organizarán en la forma que estimen más conveniente la percepción del impuesto, *pero en ningún caso podrán establecer el sistema del monopolio*" (subraya la Sala).

Ahora bien, la doctrina ha definido los monopolios como "privilegios concedidos o creados a favor de una persona para llevar a cabo un determinado o determinados procesos económicos: producción, distribución, utilización y consumo de bienes o la prestación de servicios, con exclusión de los demás" (Jacobo Pérez Escobar - Derecho Constitucional Colombiano, 4a. edición 1987, Ediciones Librería del Profesional, pág. 245).

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto No. 2028 de 9 de abril de 1984, aludiendo a la noción pretranscrita expresa que "La definición anterior, propuesta en el sentido de que la economía y la propia Constitución Política conciben la iniciativa o empresa privada corresponde, en sus elementos, al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia, sino también la distribución del producto industrial, o su comercialización, sea o no importado".

Cuando el artículo 527 del Decreto Ordenanzal consigna la posibilidad de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas "con el objeto de autorizar la producción, introducción..., distribución y venta de *tabaco*... de cualquier origen, con la finalidad de agilizar el comercio de esos productos, en procura de un mejor comportamiento rentístico.", no puede la Sala, dadas las premisas de orden legal, jurisprudencial y doctrinal que se han sentado, tener duda de que se ha producido por la disposición acusada en cuanto incluye el término *tabaco* quebranto del inciso segundo del artículo 31 de la Constitución de 1886 y del inciso segundo del artículo 1o. de la Ley 10 de 1909. Esta última preceptiva resulta tan clara y su sentido tan obvio, como que apenas es el acatamiento de aquel canon de rango superior, que sobra cualquier aplicación adicional para demostrar que el Decreto 601 de 1989 al incluir el tabaco en los artículos 527 y 528 desconoció la categórica prohibición en ella contenida.

Conviene igualmente señalar, como lo anotó el demandante, que el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 establece en favor de los Departamentos el monopolio sobre la producción, distribución y venta de licores destilados y a las Asambleas Departamentales les otorga la función de regularlo. Y que el artículo 63 de la misma ley dice que en desarrollo de ese monopolio los Departamentos podrán celebrar "... todo tipo de convenio que permita agilizar el comercio de estos productos...".

Al establecer, entonces, el Departamento del Quindío, sin justificación ni autorización legal, una reglamentación para el tabaco, similar y de la misma naturaleza a la de los licores destilados, supuso en forma equivocada que en el caso del tabaco estaba frente a un monopolio en su favor, lo que como ya se dejó dicho es inexistente, razón mas para entender que se ha producido la transgresión de las normas constitucional y legal señaladas.

Desde luego que el mismo término, tabaco, que contiene el artículo 528 del decreto Ordenanzal 601 de 1989, se halla igualmente afectado de nulidad, toda vez que, si, como ha quedado expuesto, en el artículo 527 se establece la autorización para la celebración de contratos en relación con el tabaco, en aquel se establece el trámite para dicha negociación, aparte de que se consignan los momentos de causación, liquidación y pago del impuesto de consumo que grava dicho producto, en un propósito de reproducir lo que está regulado por el artículo 4o. del Decreto 214 de 1969 y 9o. del Decreto Reglamentario 1095 de 1984 (de forzosa aplicación por ser normas de orden superior) cuya legalidad, también cuestionada, se hace innecesario examinar dada la prosperidad de los dos primeros cargos.

No se trata, pues, de que en los artículos 527 y 528 se regule simplemente un sistema de cobro al impuesto de consumo al tabaco, como lo sostiene la parte demandada en su defensa, sino de la consagración del sistema de monopolio del tabaco a favor del Departamento del Quindío en contravención a los mandatos legal y constitucional (inciso 2o. del artículo 31 de la Constitución de 1886 e inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 10 de 1909) señalados por el actor como infringidos por los artículos 527 y 528 del Decreto Ordenanzal 601 de 13 de septiembre de 1989, al utilizar en ellos el término "tabaco".

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 29 de noviembre de 1991, mediante la

cual se declaró inhibido para pronunciar sentencia de mérito por sustracción de materia. En su lugar, se dispone :

Segundo.- Declárase la nulidad del término "tabaco" contenido en los artículos 527 y 528 del Decreto Ordenanzal No. 601 de 13 de septiembre de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: En este fallo se reiteró, además, la jurisprudencia contenida en la providencia de 14 de enero de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. S-157, Ponente: Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA, sobre la improcedencia de la sustracción de materia.

CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades/ **GOBERNADOR**-Facultades

La facultad para expedir la reglamentación fiscal del departamento, corresponde a las Asambleas Departamentales. El Gobernador al expedir con carácter provisional el estatuto fiscal para la administración del Departamento, a través del Decreto acusado, obró en consecuencia con su atribución de dirigir la acción administrativa en el departamento y en armonía con los presupuestos fácticos de la disposición contenida en el artículo 100 del Decreto 1222 de 1986.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1976. Autoridades Nacionales. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 17 de febrero de 1992.

ANTECEDENTES.

El señor José Jesús Laverde Ospina, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad, demandó ante el Tribunal Administrativo del

Quindío la nulidad del Decreto No. 082 de 27 de febrero de 1991, expedido por el Gobernador del dicho departamento, "por medio del cual se adopta un estatuto fiscal provisional para la administración departamental del Quindío".

Los HECHOS en que se fundamenta la acción son, en síntesis los siguientes:

La Asamblea del Departamento expidió la Ordenanza de 23 de octubre de 1990 por medio de la cual derogó en todas sus partes el Decreto Departamental con fuerza Ordenanzal No. 0601 de 13 de septiembre de 1989 que contenía un Código Fiscal para el Departamento.

La Ordenanza antes comentada, fue motivo de acusación ante el Tribunal Administrativo del Quindío por considerar que no era facultad de la Asamblea del Departamento el que derogara el Código existente sin que se expidiera otro en lugar del derogado.

El citado Tribunal, ante tal acusación hecha por el Ejecutivo Departamental, se pronunció el 7 de febrero de 1991 en el proceso 2449, manifestando que es facultad de la Asamblea el derogar las ordenanzas y que en ningún momento está sujeta para expedir otras de igual materia.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor estima como violadas las siguientes normas:

Artículo 62, numerales 5o. y 15 del Decreto 1222 de 1986.

Artículo 14 de la Ley 153 de 1887.

Artículo 194, numeral 1o. de la Constitución Nacional de 1886.

Artículo 31 del Decreto 1221 de 1986, 282 del C. de Régimen Departamental.

Al desarrollar el concepto de violación el actor expresa, en esencia, lo siguiente:

Las facultades y funciones del Gobernador, condensadas en los artículos 89 al 102 del Decreto Ley 1222 de 1986, no le dan a este mandatario la atribución para expedir el Código Fiscal del Departamento, porque ésta facultad radica en cabeza de la Asamblea Departamental.

El Consejo de Estado, en sentencia de 26 de marzo de 1963, t. LXVI, nums. 401-402, pág. 387, ha dicho:

"Ciertamente... no hay un precepto que de manera explícita les otorgue la atribución concreta para expedir el Código de la materia, pero del espíritu general de las reglas constitucionales y legales se infiere que a las Asambleas corresponde dictar esa clase de estatutos, apreciación que cobra mayor fuerza si se considera que no existe ordenamiento alguno que directa o indirectamente conceda poderes similares a los gobernadores o a cualquier otra persona administrativa del orden departamental. Por consiguiente, es forzoso aceptar que la función de expedir los reglamentos fiscales pertenece a las asambleas departamentales.

"La Constitución señala a las asambleas su propia esfera de competencia de la misma manera que fija la que corresponde a los gobernadores. Aquellas y éstos tienen la obligación de actuar dentro de esos límites y de ejercitar la totalidad de sus atribuciones, sin rehuir la responsabilidad que generen sus actos y omisiones".

También existe quebranto del artículo 14 de la Ley 153 de 1887, por cuanto el decreto expedido por el Gobierno Departamental es en más de un 99% copia de todos y cada uno de los artículos del anterior Código Fiscal que estuvo vigente en el Departamento del Quindío y fue derogado por la Asamblea Departamental.

Igualmente afirma el accionante que con la expedición del acto acusado el Gobernador incurre en exceso y desviación de poder, especialmente cuando por el Decreto demandado deroga las ordenanzas de contenido económico que se hubieren dictado en favor de la Contraloría General del Departamento y que superan el porcentaje de recursos que la ley le asigna a las Contralorías.

También sostiene el demandante que hubo falsa motivación en la expedición del acto acusado toda vez que en el considerando sexto se dice que el Gobierno procede a sancionar y publicar el acto administrativo expedido por la Asamblea Departamental en los apartes no declarados inexequibles por el Tribunal Administrativo del Quindío, cuando lo que se está haciendo es expidiendo un estatuto de orden fiscal para la Administración Departamental.

LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo del Quindío puso término a la primera instancia del proceso denegando la pretensión de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el *a-quo* arguye, en esencia lo siguiente:

Mediante el proyecto de ordenanza de octubre 23 de 1990, la Asamblea del Quindío sometió a la aprobación del ejecutivo departamental la derogatoria

del Decreto Departamental 601 del 13 de septiembre de 1989 (Código Fiscal del Departamento) y la concesión de facultades al Contralor General del Departamento para reglamentar lo relativo a la vigencia fiscal. Tramitado el proceso, efectivamente como lo afirma el demandado y como quedó consignado en los considerandos del decreto departamental demandado, este Tribunal en sentencia del 7 de febrero de 1991 declaró exequible el artículo que derogaba el Código Fiscal (Decreto Departamental 601/89) e inexequibles los artículos que conferían facultades al Contralor Departamental, sin que a la luz del art. 94 (num. 7) del Decreto 1222/86 que establece como atribución del Gobernador "sancionar y promulgar las ordenanzas en forma legal", pueda considerarse FALSA MOTIVACION, ya que sancionar y publicar en debida forma la parte declarada inexequible por el Tribunal Administrativo era precisamente una de sus funciones como Gobernador y la causa inmediata de que el Departamento, se hubiera quedado sin Código Fiscal, por lo cual no prospera dicho cargo contra el decreto departamental demandado.

En cuanto a la presunta violación de los numerales 5o. y 15 del artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986, es cierto que a través de estas normas se le atribuyen a las Asambleas las funciones de administrar los bienes del departamento, fiscalizar las rentas y gastos y arreglar todo lo relativo a la organización, manejo e inversión de sus rentas, norma de la cual se puede concluir, en primer término, de que la facultad para dictar un Código Fiscal radica en la Asamblea, en forma ordinaria, pero como en el mismo Decreto hay normas que parecen modificar tal conclusión, es necesario analizar tales disposiciones, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, la disposición consignada en artículo posterior se preferirá a la anterior. El artículo 94-2 del Decreto 1222 de 1986 prescribe que el Gobernador como jefe del Ejecutivo Departamental deberá, "...Dirigir la acción administrativa en el departamento nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración", norma que está estableciendo una competencia general para el Gobernador en cuestiones administrativas, la que en todo caso debe ser ejercida dentro de los términos del artículo 100 del citado Decreto 1222 de 1986, el cual faculta a los Gobernadores para dictar las providencias necesarias para asegurar la continuidad de los servicios públicos departamentales, hasta cuando el estatuto respectivo sea dictado, que fue precisamente lo que hizo el Gobernador del Departamento del Quindío al dictar el Decreto 082 de 1991, en cuyo texto aclara que él mismo es provisional, por lo cual no prospera el cargo de incompetencia.

Con relación a la pretensa infracción del artículo 14 de la Ley 153 de 1887, el *a-quo* estima que aún cuando sea cierto que el decreto acusado reproduce el 99% de las normas que conformaban el Código Fiscal del Departamento, derogado por la ordenanza de 23 de octubre de 1990 no se encuentra que este hecho constituya violación de la norma citada, porque

reproducir artículos no constituye una mera referencia a la norma derogada, y la derogación del anterior Código Fiscal Departamental obedeció a un pretendido cambio, no precisamente a una declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad.

En lo referente a la violación del artículo 31 del Decreto 1221 de 1986 -artículo 282 del Código de Régimen Departamental-, éste establece como una de las funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales "...Aprobar el presupuesto anual del respectivo organismo...", norma que es reproducida por el artículo 125 del Decreto 082 de 1991, demandado, circunstancia que antes que constituir violación de aquella norma, trata de encarecer su cumplimiento.

En lo que respecta al posible quebranto del numeral primero del artículo 194 de la Constitución Nacional, vigente en aquel momento, advierte el Tribunal que por no ser esta norma susceptible de violación directa, sino indirecta, habría sido necesario que el actor hubiera probado que efectivamente el Gobernador violó algún derecho u orden del gobierno u ordenanza de la Asamblea y como tal cosa no ocurrió, no prospera el cargo.

En cuanto a que el decreto acusado debe ser anulado por haberse dictado con exceso y desviación de poder por no haber derogado ordenanzas de contenido económico que se hubieran dictado en favor de la Contraloría General del Departamento, el *a-quo* con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado que cita y transcribe (Sentencia 210 de 31 de agosto de 1988, Sección Segunda, Consejera Ponente, Dra. Clara Forero de Castro), sostiene que si el artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 ordena que las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder en ningún caso y para cada Departamento el 2% de sus respectivos presupuestos, y el actor considera que reproducir en el decreto demandado tal norma constituye desviación de poder, debió no sólo explicar por qué, sino aportar las pruebas pertinentes para demostrar que al incluirse tal norma se buscaba un fin distinto u oculto, aspecto que no sucedió.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

El actor sostiene como fundamentos del recurso, que el Gobernador del Departamento desbordó sus facultades constitucionales y legales al expedir el decreto demandado por carecer de competencia para dictar el reglamento, ya que es función exclusiva de la Asamblea Departamental, la que en ningún momento es delegable en el Gobernador.

Tampoco, afirma el apelante, se encuentra asidero legal o constitucional para que el Ejecutivo le reste facultades a las Juntas Directivas de los institutos descentralizados del orden departamental.

TRAMITE DEL RECURSO

Admitido el recurso, se corrió traslado a las partes y a la señora Agente del Ministerio Público, por el término legal, para alegar de conclusión, sin que ninguna de ellas hiciera manifestación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El aspecto cardinal de la controversia ha consistido en dilucidar si el Gobernador del Quindío era o no competente para dictar el estatuto fiscal del Departamento. Como ha quedado visto, el Tribunal admitió y decidió que la expedición es válida en razón a la carencia de uno sobre la materia, pero desde luego, con carácter provisional, como en efecto fue dictado por aquella autoridad a través del Decreto 082 de 1991, sin que con tal determinación se infringiera el artículo 62 del Código de Régimen Departamental en sus numerales 5 y 15, como lo pretendió el actor.

Esta decisión ha sido motivo principal de la discrepancia por parte del demandante quien insiste a través de su escrito de apelación en sostener que el Gobernador no tenía ni tiene competencia para dictar la reglamentación fiscal, dado que esa es facultad exclusiva de las asambleas departamentales.

La Sala entiende, y el Tribunal así lo consignó, que la facultad para expedir la reglamentación fiscal del departamento, según las normas arriba aludidas, que guardan concordancia con el ordinal 11 del artículo 187 de la Constitución de 1886, ahora con el mismo numeral del artículo 300 de la Carta de 1991, y la jurisprudencia de esta Corporación, como es la citada y pretranscrita por el demandante en su libelo inicial, corresponde a las Asambleas Departamentales.

El Tribunal, sin embargo, estimó con buen tino interpretativo, que correspondiéndole al Gobernador dirigir la acción administrativa del Departamento dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración (artículo 94-2 del Decreto 1222 de 1986) y estando facultado por el artículo 100 ibídem para expedir los actos necesarios para asegurar la continuidad de los servicios públicos departamentales, hasta cuando el estatuto respectivo sea dictado, ante la ausencia de un código que regulara la organización, administración, disposición, control y fiscalización del tesoro y de la hacienda pública del Departamento, así como también las normas sobre fiscalización de la ejecución presupuestal de los municipios que no tengan su propia Contraloría, de acuerdo con la ley, decidió denegar la pretensión del actor al considerar que en tales circunstancias no se infringían los numerales 5 y 15 del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986.

Entendiendo, además, que la hacienda pública es, como lo ha concebido la doctrina, el conjunto de bienes materiales de que disponen los que gobiernan

las entidades políticas, para atender a la satisfacción de las necesidades colectivas, o, mejor, si se quiere, destinados exclusivamente a la satisfacción de los fines del servicio público, y teniendo en cuenta que, como está acreditado en el plenario, el Decreto con fuerza ordenanzal No. 0601 de 1989 que contenía el Estatuto Fiscal del Quindío fue derogado por la Asamblea de este departamento, derogatoria que fue declarada exequible por el respectivo Tribunal Administrativo, quedando dicha entidad territorial huérfana de una regulación sobre el particular mencionado, estima la Sala que el Gobernador al expedir con carácter provisional el estatuto fiscal para la administración del Departamento, a través del Decreto 082 de 27 de febrero de 1991, obró en consecuencia con su atribución de dirigir la acción administrativa en el departamento y en armonía con los presupuestos fácticos de la disposición contenida en el artículo 100 del Decreto 1222 de 1986.

La invocación del artículo 100 del Código de Régimen Departamental, entre otras normas, como fundamento para expedir el Código Fiscal para la Administración del Departamento; 1a. consideración "Décima" del Decreto acusado que reza "Que la Constitución Nacional y la ley son perentorias al atribuir al Gobernador las facultades de: '...dirigir la acción administrativa en el Departamento... dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración...', '...Expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas...', y asegurar la continuidad en la marcha de los servicios que carezcan de disposiciones que los regulen, hasta cuando éstas sean dictadas por las autoridades competentes"; y la decisión de "Adoptar en forma provisional, hasta cuando la Honorable Asamblea del Quindío expida un estatuto fiscal, el siguiente Código Fiscal para la Administración Departamental", son claras muestras que el Gobernador no desconoce a través del acto demandado que la competencia para expedir esta clase de estatutos corresponde normal y ordinariamente a las asambleas departamentales.

Pero es igualmente claro conforme al texto del artículo 100 citado, la competencia provisional del Gobernador, en orden a garantizar la prestación de los servicios públicos a cargo de la administración departamental, evitando así una parálisis en la atención obligada de estos, y de manera especial conjurando las dificultades y peligros en la aplicación del gasto público, de inevitable ejecución para lograr los cometidos propios de la administración enderezados a asegurar la prestación de los mencionados servicios, ante la inexistencia a la sazón de un estatuto de tal naturaleza.

En este aspecto de la competencia, la apelación no prospera.

El segundo punto de la apelación alude a que el Decreto 082 de 1991, demandado, quebrantó el artículo 282 del Código de Régimen Departamental que establece como una de las funciones de las Juntas o Consejos Directivos

de los establecimientos públicos "Aprobar el presupuesto anual del respectivo organismo".

A este respecto el Tribunal adujo en su fallo que tal disposición se reproduce en el artículo 125 del Código Fiscal, donde se advierte que antes que violar aquélla, se encarece su cumplimiento.

En efecto, observa la Sala que el texto de dicha disposición confirma el aserto del *a-quo*. Dice así la mencionada disposición acusada:

> "Artículo 125. PRESUPUESTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. El presupuesto de los establecimientos públicos hará parte del presupuesto general del Departamento en acatamiento a lo dispuesto por la Ley 38 de 1989 y de acuerdo con la disposición transitoria del Capítulo XVI de este estatuto. Para el proceso de presupuestación del año 1989, deberán anexarse, debidamente aprobados por las Juntas Directivas o Consejo Superior correspondientes, sin perjuicio de las apropiaciones o trámites especiales que otras disposiciones exijan para ellos.
>
> "Para la validez de estos presupuestos, deben ser presentados únicamente por el Gobierno Departamental ante la Asamblea y ser tramitados y expedidos por esta Corporación en los mismos términos y condiciones del Presupuesto del Departamento".

La referencia que a la Ley 38 de 1989 allí se hace, se adecúa a lo que ésta precisamente prescribe en su artículo 94 al ordenar que las entidades territoriales de los órdenes departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal, en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales, deberán seguir principios análogos a los contenidos en dicha Ley.

Tampoco, pues, en este sentido adquiere vocación de prosperidad la apelación interpuesta.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA-Trámite/ **SUSPENSION PROVISIONAL**-Trámite/ **DEMANDA**-Corrección/ **SUSPENSION PROVISIONAL**-Correción

Dos son los regímenes que comporta el artículo 207 del C.C.A. en cuanto a si es la sala unitaria o la colegiada la que conoce del auto admisorio de la demanda, según en esta se solicite o no la suspensión provisional del acto acusado. El primero está enmarcado en los términos del inciso primero cuando dice, que si la demanda reúne los requisitos legales, el ponente debe admitirla. El segundo, lo señala el último inciso al determinar que cuando hay petición de suspensión provisional se resolverá dicha petición en el mismo auto que admita la demanda; y que dicho auto "debe ser proferido por la Sala". Si en el segundo evento es la Sala la que profiere el auto admisorio, es ella la que ha avocado el conocimiento del proceso y es por lo tanto la competente para tomar las decisiones que los autos interlocutorios implican. Uno de esos autos es el que admite o deniega la corrección de la demanda y, a fortiori, el de la admisión o no de la corrección de la solicitud de suspensión provisional pues es, precisamente, el tener que conocer de esta petición lo que le da a la Sala la calidad de ser el juez que administra el proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 2007. Autoridades Nacionales. Actor: Germán Cavelier Gaviria.

Por medio de este proveído , entra la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto por el actor de la referencia contra el auto de doce (12) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), mediante el cual se inadmitió la corrección de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

EL AUTO OBJETO DE LA SUPLICA.

Es el de la fecha ut supra mencionada. En dicho auto, el Consejero conductor del proceso, Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, procede a resolver lo pertinente sobre el escrito de corrección de la demanda, constante a folios 65 a 80 del expediente, mediante el cual el ciudadano Germán Cavelier Gaviria solicitó a esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 334 de 10 de abril de 1992, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. El Magistrado Sustanciador, admite la corrección de la demanda "en los términos expresados en el escrito que obra a folios 65 a 74 y 79 a 80" e inadmite la corrección de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, "en los términos expresados a folios 74 a 79".

Al entrar en las consideraciones referidas a la corrección hecha por el demandante de la totalidad del acápite dedicado en la demanda a la solicitud de suspensión provisional, que lo llevan a inadmitirla, el H. Magistrado expone su criterio con estas palabras:

> "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 207 del C.C.A., el auto admisorio de la demanda es aquella providencia que, por regla general, corresponde dictarla al ponente cuando observe que ésta "...reúne los requisitos legales...", en cuyo caso deberá disponer, adicionalmente, el trámite o actuación previsto en los numerales 1 a 6 ibídem. En su inciso final, dicha norma, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 152, 154 y 155 ibídem, establece que "Cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala, Sección o Subsección, y contra este auto sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación".
>
> "Por su parte, el artículo 208 del C.C.A., consagra el derecho que asiste el demandante, hasta el último día de la fijación en lista, y por una sola vez, para aclarar o corregir la demanda, caso en el cual dispone la norma, "...volverá a ordenarse la actuación prevista en el artículo..." 207 *ibídem*.

"De los textos legales atrás referenciados y transcritos en lo pertinente, se deducen varias conclusiones, a saber:

"a) Frente a toda demanda que se presente ante la jurisdicción contencioso administrativa sólo puede proferirse un auto admisorio, aquél que procede cuando quiera que ella "...reúne los requisitos legales". Es decir, que si bien el demandante puede hacer uso del derecho de corrección o adición de la demanda desde el momento de su presentación hasta el último día de fijación en lista, una vez se haya proferido el auto admisorio el ejercicio de este derecho está condicionado a la decisión adoptada en el mismo, independientemente de que en la demanda se haya o no solicitado la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. En otras palabras, la decisión mediante la cual se admite una demanda es independiente de aquella que, aun cuando contenida en la misma providencia, decide sobre la petición de suspender provisionalmente el acto demandado.

"Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que si bien en nuestro ordenamiento jurídico actual la solicitud de suspensión provisional está supeditada a la existencia de una demanda, ella sólo puede ser considerada como parte accidental y, por tal razón, complementaria de la misma, mas no como uno de los requisitos legales que se exigen para su admisión. Es por ello que el artículo 152 del C.C.A. dispone que la medida de suspensión provisional bien puede solicitarse y sustentarse en el mismo texto de la demanda o en escrito separado, "...presentado antes de que sea admitida...".

"b) Analizado el aspecto anterior y como complemento del mismo, el Despacho considera que la corrección o adición de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una vez se haya proferido su auto admisorio, tan sólo puede tener aceptación en la medida en que ellas se refieran al contenido de su texto, en sí mismo considerado, y no a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, pues lo contrario conllevaría a aceptar, en contravía de todas las normas y principios sustantivos y adjetivos que regulan esta materia, que acudiendo al expediente de su corrección podría adicionarse tal solicitud en la demandas en que no se hizo, o modificarse los argumentos expuestos para su sustento para, de tal manera, pretender que, en el primer caso, se avoque su estudio y decisión o para que, en el segundo de ellos, la decisión adoptada deba ser reestudiada por la Corporación.

"En consecuencia, el Despacho considera que cuando el artículo 208 del C.C.A. dispone que en caso de hacerse uso del derecho de adicionar o corregir una demanda "...volverá a ordenarse la actuación prevista..." en el artículo 208 *ibídem*, ha de entenderse que dicha actuación está exclusivamente referida a aquella dispuesta en sus numerales 1 a 6, más

en momento alguno a dictar nuevamente la decisión principal de admitirla, ni la relacionada con la suspensión provisional, como quiera que "...el escrito de aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda, sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica de cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores y aún los poderes legales que tiene el fallador" (González Rodríguez Miguel, Código Contencioso Administrativo Concordado Comentado Doctrina y Jurisprudencia, Parte Segunda, Librería Jurídicas Wilches, Bogotá, 1990, págs. 1021 y 1022)".

LA SUSTENTACION DEL RECURSO.

Al explicar el fundamento de su recurso, el actor comienza manifestando que "La finalidad de la corrección de la demanda incluyendo la de la solicitud de suspensión provisional, es permitir al actor el establecimiento de sus definitivas pretensiones, extremo fundamental que determina la relación jurídico procesal y evitar que la acción impetrada pueda hacer nugatoria la justicia".

Cita, en respaldo de su solicitud varias jurisprudencias del Consejo de Estado y conceptos de doctrinantes, para concluir que "una garantía constitucional de los administrados como lo es la suspensión provisional, norma de orden público, no puede ser interpretada de manera restrictiva, sin violar los derechos substanciales consagrados en la Constitución o en la ley".

Solicita, por tanto, que se revoque el auto del doce de Junio de mil novecientos noventa y dos "y en consecuencia se acepte la solicitud de corrección de la suspensión provisional con el fin de que sea estudiada su viabilidad".

CONSIDERA LA SALA :

Ha solicitado el recurrente en el memorial que sustenta la petición que con este proveído entre a resolverse, la revocatoria del auto de doce de junio de mil novecientos noventa y dos, dictado por el Honorable Magistrado Ponente, mediante el cual se inadmitió la corrección de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, para que en su lugar se acepte la corrección y sea estudiada su viabilidad.

El magistrado que orienta el proceso bajo examen, considera en el auto cuestionado que, "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 207 del C.C.A, el auto admisorio de la demanda es aquella providencia que, por regla general, corresponde dictarla al ponente cuando observe que ésta "...reúne los requisitos legales...", en cuyo caso deberá disponer, adicionalmente, el trámite o actuación previsto en los numerales 1 a 6 *ibídem*". Cita igualmente

el inciso final de dicha norma el cual dispone que "Cuando se pida la suspensión provisional, esta se resolverá en el auto que admita la demanda, al cual debe ser proferido por la Sala, Sección o Subsección y contra este auto solo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación".

Quiere decir lo anterior, que dos son los regímenes que comporta el artículo 207 en cuanto a si es la sala unitaria o la colegiada la que conoce del auto admisorio de la demanda, según en esta se solicite o no la suspensión provisional del acto acusado. El primero está enmarcado en los términos del inciso primero cuando dice, que si la demanda reúne los requisitos legales, *el ponente* debe admitirla. El segundo, lo señala el último inciso al determinar que cuando hay petición de suspensión provisional se resolverá dicha petición en el mismo auto que admite la demanda; y que dicho auto "*debe ser proferido por la Sala*".

En seguimiento de esta línea interpretativa, puede afirmarse que si en el segundo evento es la Sala la que profiere el auto admisorio, es ella la que ha avocado el conocimiento del proceso y es por lo tanto la competente para tomar las decisiones que los autos interlocutorios implican. Uno de esos autos es el que admite o deniega la corrección de la demanda y, a fortiori, el de la admisión o no de la corrección de la solicitud de suspensión provisional pues es, precisamente, el tener que conocer de esta petición lo que le da a la Sala la calidad de ser el juez que administra el proceso.

> "En cuanto al derecho del demandante de solicitar nuevamente la medida de la suspensión provisional, en la demanda aclarada o corregida, y a la obligación, deber o competencia del juez administrativo que tramita el proceso de decidir nuevamente sobre esa petición, sobre lo cual han existido en el seno de la sala contenciosa del Consejo de Estado posiciones jurisprudenciales encontradas, como se puede ver en las providencias de 1o. de octubre de 1964, Ponente Carlos Gustavo Arrieta, y de febrero de 1985 de la sección primera, consideremos que el art. 208 del estatuto, en concordancia con el 207 -ahora mucho más expreso-, no dan lugar a distingos de naturaleza alguna. La ley no los establece, ni explícita ni implícitamente, y, por lo tanto, al juzgador no le está permitido señalarlos por vía de doctrina. Si la norma del art. 208, en forma expresa y categórica, ordena que en caso de aclaración o corrección del libelo original se repita el procedimiento del auto admisorio de la demanda, señalado en el art. 207, en el cual es donde debe decidirse sobre el decreto de suspensión provisional, el juez está obligado, por mandato de la ley, a pronunciarse nuevamente, o sólo ahora, sobre la viabilidad de la suspensión provisional, pues, por otra parte el escrito de aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda, sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la

materia propia de la controversia, la posición de los actores y aún los poderes legales que tiene el fallador" (Gonzalez Rodríguez Miguel, Código Contencioso Administrativo Concordado Comentado. Doctrina-Jurisprudencia, Parte segunda, págs. 1021 y 1022).

El artículo 6o. del C. de P.C. establece sobre la observación de las normas procesales, que éstas son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento debiéndose tener por no escrita toda estipulación en contrario.

Por su parte, el Consejo de Estado, ya en auto del 6 de noviembre de 1949, había definido que "la corrección de la demanda es una garantía procesal que tiene el carácter de orden público que debe prevalecer sobre la interpretación de cualquier otro texto".

Como resultado de esta sucinta disquisición, observa la Sala que el auto recurrido no debió ser proferido por el magistrado ponente sino por la Sala, no solamente porque fue la Sala la que admitió la demanda sino porque hay en el nuevo libelo del accionante una propuesta de corrección de la suspensión provisional cuya decisión es de su exclusiva competencia.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. REVOCAR el auto del 12 de junio de 1992 dictado en el proceso de la referencia.

2o, ORDENAR remitir el expediente al despacho del Magistrado que dirige el proceso, a fin de que se sirva presentar a la Sala de la Sección el proyecto de auto correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue dictada y aprobada por la sala en reunión celebrada el día 13 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

VIVIENDA DE INTERES SOCIAL/ CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/ POTESTAD REGLAMENTARIA

Es lógico que el decreto reglamentario acusado ratifique lo que en la ley se dispone, y especifique lo que constituyen las reservas para vivienda ordenadas en el estatuto superior. No se entendería una deducción interpretativa en el sentido de que las reservas tienen una destinación específica y sus rendimientos otra que, por lo demás, no está ni siquiera sugerida en las normas analizadas. Es función primordial del decreto reglamentario de una ley tomar sus determinaciones y hacerlas realizables, especificar su significado y hacer que la ley sea desarrollada para los objetivos que el legislador se propuso expedirla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1938. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: Carlos Manuel Angarita.

Se entra a decidir la acción pública de nulidad interpuesta por el actor de la referencia, contra el artículo 15 del Decreto No. 959 de 1991 expedido por el señor Presidente de la República, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 49 de 1990".

Concretamente, la demanda se encamina a que se anule la citada norma en la parte que dice: "... y sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma Ley".

LOS HECHOS

El actor señala como "Hechos" varias disposiciones legales que no son otras distintas a las normas superiores supuestamente violadas por el Decreto demandado.

La primera de ellas es la Ley 21 de 1982, parágrafo primero del artículo 43 que transcribe así:

> "*Los rendimientos* y productos líquidos de las operaciones que efectúen las Cajas de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, serán apropiados por el Consejo Directivo, el cual *deberá destinarlos bien al pago del subsidio en dinero bien a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 62*". (Subraya el actor).

Hace mención al artículo 62 de la misma Ley, en cuanto éste "establece un orden obligatorio de prioridades para la realización de obras y programas sociales, y por ende para la aplicación de los rendimientos, que es: 1o. Salud; 2o. Nutrición y mercadeo de productos de la canasta familiar; 3o. Educación; 4o. Vivienda; 5o. Crédito; 6o. Recreación; y, 7o. Mercadeo de otros productos".

Tomando la Ley 49 de 1990, igualmente como antecedente fáctico, cita parcialmente el artículo 68 y transcribe el parágrafo 1o. del mismo artículo:

> "Las cajas de Compensación Familiar, con los recursos restantes de sus recaudos para subsidio, no estarán obligadas a realizar destinaciones forzosas para planes de vivienda".

Transcribe, por último, el texto del artículo 69 de dicha Ley:

"Reservas para vivienda. Las reservas para vivienda acumuladas que figuren en los balances oficiales a 30 de septiembre de 1990, según lo estipulado en la Ley 21 de 1982, continuarán en poder de las Cajas de Compensación Familiar y serán destinadas exclusivamente para vivienda de afiliados de acuerdo con la política señalada por el Gobierno Nacional".

EL ACTO DEMANDADO

Es el artículo 15, en la parte que se subraya, del Decreto 959 de 1991, reglamentario de la Ley 49 de 1990 que dispone:

"Los recursos provenientes de las reservas de que trata el artículo 69 de la Ley 49 de 1990 *y sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma Ley*, deberán ser destinados por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de Vivienda de Interés Social".

LAS NORMAS SUPERIORES VIOLADAS

El actor señala, bajo el título correspondiente de su demanda, las siguientes:

a) Parágrafo 1o. del artículo 43, Ley 21 de 1982.

b) Artículo 69 de la Ley 49 de 1990.

Al expresar su concepto de la violación, el demandante entra a comparar el artículo 43 de la Ley 21 de 1982 con el artículo 15 del Decreto 959 de 1991 para concluir que "El criterio general para el manejo de los rendimientos de todas las operaciones de las Cajas de Compensación, señalado en la Ley 21 de 1982, artículo 43, sólo podía ser modificado por otra norma con jerarquía de la ley y no por una de carácter reglamentario".

En cuanto al artículo 69 de la Ley 49 de 1990, manifiesta el actor que "el artículo 15 del Decreto Reglamentario 959 de 1991 señala una destinación especial, para programas de vivienda, a los rendimientos de las reservas acumuladas a las cajas, no obstante que el artículo 69 de la Ley 49 de 1990, que pretende reglamentar, no hace referencia a tales rendimientos ni dice que deban destinarse a vivienda".

Es de anotarse que, habiendo el actor solicitado la suspensión provisional del acto acusado, ésta fue denegada por la Sala al no encontrar manifiesta la infracción alegada.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

Al correr el traslado para los alegatos de conclusión la entidad demandada, que no había comparecido al proceso, se hizo presente en la etapa conclusiva mediante apoderado judicial quien, refiriéndose a la primera de las normas aplicadas como agredidas por el acto acusado, es decir, el artículo 43, parágrafo primero de la Ley 21 de 1982, manifiesta:

"Este parágrafo no es la norma que toca directamente con la aplicación a la que se refiere el artículo 65 de la Ley 21 de 1982; este último como bien lo anota el libelista es el que obligaba a las cajas a constituir reservas, y efectivamente la Ley 49 derogó táciamente el artículo 65 de la Ley 21 de 1982, sustituido entonces por el artículo 69 de la Ley 49 de 1990".

Sostiene la respondiente que el artículo 15 del Decreto 959, no ha desbordado la ley que reglamenta sino que, por el contrario, ha hecho que el artículo 69 de aquella sea operante logrando que el destinatario conozca el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva.

Concluye afirmando que el artículo 15 del Decreto 959 no viola el artículo 43 de la Ley 21 de 1982,

> "... porque la naturaleza que tratan las dos normas es diferente, es más, se excluyen entre sí y mal podría decirse que una constituye violación de la otra, ya que tratan temas diferentes, la primera de ellas es específica (art. 15) se refiere a los rendimientos que generan las reservas para vivienda, por el contrario, el artículo 43 de la Ley 21, señala los rendimientos y productos líquidos de cualquier tipo de operaciones que efectúen las cajas de compensación en el giro normal de sus actividades".

Por su parte, la señora representante del Ministerio Público guardó silencio.

LA SALA CONSIDERA:

El accionante solicita que se declare la nulidad de la expresión que está subrayada dentro del siguiente texto del artículo 15 corresponde al Decreto Reglamentario 959 de 1991:

> "Los recursos provenientes de las reservas de que trata el artículo 69 de la Ley 49 de 1990 *y sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma Ley*, deberán ser destinados por las respectivas Cajas de Compensación Familiar para programas de vivienda de interés social".

Para sustentar tal solicitud, opone el actor la disposición cuestionada a dos normas que, obviamente, le son superiores por tener éstas la categoría de leyes y aquélla, el carácter inferior de decreto reglamentario.

La primera de ellas, es la Ley 21 de 1982 que asigna al Consejo Directivo de las Cajas de Compensación Familiar la destinación de "los rendimientos y productos líquidos de las operaciones", bien sea al pago del subsidio en dinero o a la realización de obras y programas sociales con estricta sujeción a lo dispuesto en otra norma de la misma ley que establece un orden de prioridades en el cual la vivienda está ubicada en el cuarto lugar.

Como se ve, pues, tanto la norma remisora (parágrafo, artículo 43) como la remitida (artículo 62), están envueltas en un sentido de generalidad ya que, obsérvese bien, en el parágrafo del artículo 43 se ordena que "los rendimientos y productos líquidos de *las operaciones que efectúen* las Cajas

de Compensación Familiar, así como los remanentes presupuestales de *cada ejercicio*, serán apropiadas por el Consejo Directivo..." y, en el artículo 62, se prescribe que "las obras y programas sociales *que emprendan l*as Cajas de Compensación con el fin de atender el pago del subsidio en servicios o especie, se realizarán exclusivamente en los campos y en el orden de prioridades que a continuación se señala..." (Los subrayados son de la Sala). Es decir, ambas disposiciones de la Ley 21 de 1982, se refieren a indeterminadas operaciones, a diversos ejercicios, a diferentes programas sociales que se emprendan.

La segunda de las susodichas normas, es el artículo 69 de la Ley 49 de 1990 que es, precisamente, la ley reglamentada por el decreto que se encuentra en el banquillo.

Este artículo es específico, concreto, determinado. Se refiere a un asunto especial: Las reservas para vivienda.

La especificidad es clara: "*Las reservas para vivienda* acumuladas que figuren en los balances oficiales a 30 de septiembre de 1990, según lo estipulado en la Ley 21 de 1982, continuarán en poder de las Cajas de Compensación Familiar y serán destinadas exclusivamente para la vivienda de afiliados de acuerdo con la política señalada por el Gobierno Nacional". (Se subraya).

La especificidad a que se alude, resulta natural dentro de la evolución que se viene dando en la concepción social de la vivienda. El capítulo XI de la Ley 49 de 1990, reglamenta lo referente a la financiación de la vivienda de interés social y, dentro de ese ordenamiento de carácter especial, contempla el "subsidio a la vivienda de interés social por parte de las cajas de compensación familiar"; las " reservas para vivienda"; la "destinación por parte de los nuevos recursos por impuesto sobre las ventas para subsidio de vivienda"; la "destinación de parte del impuesto a las importaciones para subsidio de vivienda, y la "destinación del impuesto sobre las ventas al cemento" en un cien por ciento, durante los años de 1991 a 1994, sobre el recaudo del impuesto a las ventas originado en la producción y venta del cemento, a la financiación del subsidio de vivienda de interés social administrado por la entidad social encargada de los programas de vivienda.

Es entonces lógico, dentro de los más ortodoxos principios de la hermenéutica jurídica que un Decreto Reglamentario de esta Ley, ratifique lo que en ella se dispone y especifique -pues es de la esencia de un decreto reglamentario el hacerlo-, lo que constituyen esas reservas para vivienda ordenadas en el estatuto superior; reservas que comprenden también lo que es parte de su naturaleza, esto es, "*sus correspondientes rendimientos causados a partir de la vigencia de la misma ley*", que es exactamente lo que dispone el Decreto Reglamentario 959 de 1991 y lo que es demandado por el nulidicente. No se entendería una deducción interpretativa en el sentido de que las reservas

tienen una destinación específica y sus rendimientos otra que, por lo demás, no está ni siquiera sugerida en las normas analizadas.

Es función primordial del Decreto Reglamentario de una Ley tomar sus determinaciones y hacerlas realizables, especificar su significado y hacer que la ley sea desarrollada para los objetivos que el legislador se propuso al expedirla. El Consejo de Estado así lo ha expresado reiterativamente siendo una de esas manifestaciones el pronunciamiento citado por la apoderada de la parte demandante hecho en sentencia del 25 de abril de 1970.

> "Es evidente que en la tarea reglamentaria el Gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada, aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe entenderse únicamente en la expresión literal de la norma, porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella, es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva, con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad...".

Así pues, de las dos normas superiores supuestamente violadas, podría afirmarse que la primera, la de 1982, está subsumida por la segunda, la de 1990 al reglamentar ésta, ya en forma específica, la política estatal en materia de financiación de vivienda de interés social, quedando sin fundamento la acusación de agresión, por parte del decreto acusado, no sólo del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, sino, *a fortiori*, del artículo 69 de la Ley 49 de 1990.

La aserción anterior se refuerza en derecho, con lo dispuesto por la Ley 57 de 1887 cuando, al sentar los principios sobre la interpretación de la ley, en el capítulo I, artículo 5o., numeral 1o., y numeral 2o. determina la conducta a seguir por parte del juzgador respecto a las leyes que presentan alguna incompatibilidad no solamente en cuanto al asunto de las mismas sino en cuanto al tiempo, prescribiendo que en el primer caso "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" y. en el segundo, que de las disposiciones que tengan una misma especialidad o generalidad, será preferible la posterior.

En el caso *sub-iudice*, la Ley 49 de 1990 reúne ambas calidades ya que se refiere a un asunto especial, las reservas para vivienda, y es posterior a la Ley 21 de 1982.

Es por ello que el artículo 15 del Decreto Reglamentario 959, no está en manera alguna supeditado a la ley de 1982 sino a la que es posterior y específica y, al desarrollar el significado y los objetivos de ésta para su correcta aplicación, mal podría jurídicamente agredirla.

En consecuencia, no es procedente la declaratoria de nulidad solicitada.

Expuestas las anteriores consideraciones, 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, sin haber tenido oportunidad de conocer el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGASE la súplica de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 30 de julio de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA-Interpretación/ **DEMANDA**-Requisitos/ **PARTES**-Designación/ **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**/ **LEY**-Interpretación

El acto impugnado fue expedido por el Veedor del Tesoro Público, funcionario de orden nacional. Esta circunstancia le da la providencia acusada el carácter nacional y a la Nación la calidad de demandada, así se omita señalarla expresamente como tal. No se puede sacrificar el derecho so pretexto de aplicar fórmulas sacramentales así sean de carácter procedimental. El artículo 4o. del C. de P.C., acerca de la interpretación de normas procesales establece que el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Este criterio adquiere mayor vigencia y una aplicación más amplia, en tratándose de una acción de nulidad dentro de un proceso contencioso administrativo, en cuanto a las partes demandadas se refiere, no se da el rigorismo propio del estatuto procesal civil.

VEEDURIA DEL TESORO PUBLICO/ PARTIDA PRESUPUESTAL-Suspensión

La facultad de la Veeduría del Tesoro de examinar inspeccionar o vigilar los presupuestos debe ejercerse -entre otras- dentro de las siguientes condiciones: a) durante los tres (3) meses anteriores a cada elección, b) su procedencia, cuando a juicio del Veedor las partidas presupuestales tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales. Estas condiciones no se dieron como quiera que la suspensión en el giro de las apropiaciones fue ordenada mediante Resolución acusada, con

posterioridad a las elecciones y no porque a juicio del señor Veedor las partidas tuvieran por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales, sino porque los fondos constituidos por el Gobierno Nacional en el Icetex "no han solicitado su inscripción en la Veeduría del Tesoro en los términos y plazos establecidos en las Resoluciones 000003 de enero 10 de 1992 y 000021 de 25 de febrero de 1992", según términos de los considerando del acto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 2006. Actor:Vicente Miranda Melo. AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto mediante apoderado por la Veeduría del Tesoro contra el auto de 3 de junio de 1992 por medio del cual se aceptó la demanda y se decreto la suspensión provisional de los efectos del acto acusado del juicio de nulidad promovido por el actor de la referencia, contra la Resolución No. 000041 de marzo 19 de 1992, expedida por el Veedor del Tesoro Público.

ANTECEDENTES

En demanda presentada ante el Consejo de Estado el 4 de mayo de 1992, el Dr. Vicente Miranda Melo solicitó la nulidad, previa suspensión provisional, de la Resolución No. 000041 de marzo 19 de 1992, expedida por la Veeduría del Tesoro Público, mediante la cual esta dependencia prescribe a los ordenadores del gasto de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Establecimientos Públicos del Orden Nacional, Departamentos, Distritos, Municipios, Ciudades Capitales y Santafé de Bogotá D.C., abstenerse de girar con destino al ICETEX y a este Instituto con destino a los Fondos, los recursos destinados a la ejecución de programas de becas, hasta cuando se expida y obtenga el registro de la Veeduría del Tesoro.

Considera el demandante que el acto acusado viola ostensiblemente los artículos 11 y 16 del Decreto 2093 de 1991, razón por la cual solicitó también la suspensión provisional.

EL AUTO RECURRIDO

Como ya se expresó es el del 3 de junio de 1992. Mediante él, se admitió la demanda, a pesar de que en ella no se indicó expresamente el nombre de la parte demandada, ni el de su representante, entendiendo como tal a la Nación, representada por el señor Veedor del Tesoro Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de C.C.A., y teniendo en cuenta el derecho que tiene todo ciudadano para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley y el principio de la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales.

En el auto recurrido, además se decretó la suspensión provisional de la Resolución impugnada, después de considerar que infringe el artículo 11 del Decreto 2093 de 1991, porque en ella "se ordena la abstención de girar las apropiaciones, el 19 de marzo de 1992, no dentro de la oportunidad legal, esto es, durante tres meses anteriores a la elección, sino diez días después de haber ocurrido ella y cuando el debate electoral está bien distante", y porque "la suspensión en el giro de los fondos se ordena, no porque se considere que los dineros tienen por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales, motivo que establece el decreto, sino porque se cuenta con el registro, condición creada por la misma Veeduría", supeditando en este sentido la ejecución de una partida a un requisito establecido en una disposición interna de la misma Veeduría, que no se halla previsto en el Decreto 2093 de 1991, por el cual se desarrolla el artículo 34 transitorio de la Constitución Política de Colombia.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Lo dirige el reponente contra la admisión de la demanda y contra la suspensión provisional decretada.

La objeción a la admisión del libelo demandatorio se fundamenta en los siguientes argumentos:

El demandante no solamente omite la designación de la parte demandada y de su representante sino que confunde aquella con el acto demandado, y la Sala para obviar semejante error hace un razonamiento por lo menos de consecuencias imprevisibles en los procesos contenciosos, pues si la Constitución en su artículo 228 consagra la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales, ello no quiere decir que eche por la borda el no menos esencial postulado del debido proceso (art. 29 del C. de P.C.), ni que el Juez le sea dado desconocer un ordenamiento jurídico al darle a su función interpretativa de la ley una proyección diferente a la que le asigna el artículo 230 de la misma Constitución.

El principio general consagrado por la Constitución del 91, aplicado en una forma tan amplia llevaría al desconocimiento ó, cuando menos, al desprecio de los procedimientos cuya inobservación no puede justificarse so pretexto del derecho sustancial.

Una cosa es la prescripción de inútiles formalismos, y otra la exigencia parentoria de formalidades, sin las cuales se caería en el desorden procesal. Abrirle la puerta a toda clase de vicios procedimentales, en aras de lo sustancial, es autorizar el caos, la anarquía en los procesos.

El artículo 143 del C.C.A., expresa que "no se admitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstas en los artículos anteriores"; por tanto, a la demanda no se le debió haber dado curso.

Para el evento de que la Sala no acceda a la revocación de la totalidad del acto acusado, la demandada interpone el recurso de reposición contra la medida de suspensión, para cuyos efectos plantea los siguientes razonamientos:

Desconocen el actor y el fallador otras normas del Decreto 2093 de 1992 de que dicen relación con la competencia del Veedor, como por ejemplo el artículo 10, conforme al cual las funciones de este funcionario no son tan limitadas ni tan recortadas como las quieren ver el actor y el fallador. El artículo 11 es sólo una consecuencia y un ejemplo, de todo aquello que a su juicio, es decir, de acuerdo con su discrecionalidad, puede hacer el Veedor.

La actividad política se ejerce cada día y de la misma manera los dineros públicos podrían a llegar a estar al servicio de intereses políticos y electorales, así sean remotos a los comicios, razón por la cual el Veedor del Tesoro debe ejercer funciones de vigilancia e inspección sobre esos recursos y adoptar, en todo tiempo, las medidas que, a su juicio, sean aconsejables para evitar su desviación.

Pretender que el estatuto reglamentario del artículo 34 transitorio de la Constitución limitó a tres meses las funciones del Veedor, cuando su ejercicio abarca tres años, es absurdo. La función de "impedir" a que alude el texto constitucional no es de limitada temporalidad ni de restrictiva interpretación. El Veedor puede tomar medidas como las contenidas en la Resolución No. 00041 y en cualquier momento dentro del término señalado en el artículo 34 transitorio de la Constitución Política.

El registro no se está exigiendo al ICETEX, por cuanto como establecimiento público no está obligado a cumplir con ese requisito. La Resolución se refiere a los fondos creados por los denominados "gestores", para establecer tanto su naturaleza jurídica y formas de funcionamiento para detectar si muchos de los así llamados pudieran ser fantasmas.

De acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2093, "Las atribuciones del Veedor se ejercerán de oficio o a petición de parte, para impedir el uso de recursos públicos o del exterior en las campañas electorales que se efectúen en el término señalado por la Constitución". Ese tiempo que la Carta Constitucional determina es de tres años. Y bien se sabe que en Colombia no acaban de cerrarse unos comicios electorales cuando ya se están adelantando las campañas para los próximos. Entonces - de acuerdo - con la peregrina interpretación del actor y el juez del conocimiento- ha de cruzarse de brazos la Veeduría hasta cuando falten tres meses para unas elecciones y asistir impasible al saqueo del presupuesto por quienes madrugan a montar las campañas políticas en orden a unas elecciones electorales próximas y remotas?.

La argumentación de la demanda no tiene razón de ser, ni siquiera para pretender una anulación, mucho menos para una suspensión. El rigor que se exige para decretar ésta, no cabe en el caso sub-examine. Es preciso hacer un estudio muy profundo para poder desatar el problema planteado.

CONSIDERACONES DE LA SALA:

Como quiera que el recurso de reposición se dirige contra la admisión de la demanda y contra el decreto de suspensión provisional, procede la Sala en aras del orden y de la lógica a ocuparse en primer término de la objeción a la admisión del libelo.

Es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del C.C.A., toda demanda ante la jurisdicción administrativa, debe contener, entre otros enunciados, "La designación de las partes y sus representantes".

En el auto recurrido, a pesar de que el actor en el libelo no señala a la Nación como parte demandada, la Sala haciendo uso de la facultad de interpretación de la demanda, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 149 del C.C.A. y 40-6 y 228 de la Constitución Nacional, entiende que la parte demandada es la Nación, representada en este caso por el señor Veedor del Tesoro Público, persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto acusado.

Tanto la facultad de interpretación ejercida como la conclusión a la que llegó la Sala, tiene en el caso de autos fundamento en disposiciones legales y constitucionales y obedecen al propósito sano y esencial de lograr la efectividad de los derechos consagrados en la ley y ahora en la Nueva Carta Política.

El artículo 149 del C.C.A. dispone que "En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador o Contralor según el caso; *en general, por la persona*

de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho". (Subraya la Sala).

El acto impugnado fue expedido por el Veedor del Tesoro Público, funcionario del orden nacional a juzgar por lo preceptuado en el artículo transitorio 34 de la Constitución Política y en el Decreto No. 1767 del 11 de julio de 1991 mediante el cual fue provisto el cargo. Estas circunstancias le dan a la providencia acusada el carácter nacional y a la Nación la calidad de demandada, así se omite señalarla expresamente como tal. Exigir el señalamiento concreto de la Nación como parte demandada en el libelo demandatorio, so pena de una inepta demanda, sería contrario a la jurisprudencia contenida en el fallo de agosto 16 de 1961, dictada por la Sala de Negocios Generales, con ponencia del Dr. Guillermo González Charry en cuanto afirma que "No sobra advertir que, según las reglas legales colombianas, lo que se demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son exclusivamente los actos de la administración y no las personas o entidades públicas que lo han dictado". Por ello no debemos alarmarnos cuando el actor señala como parte demandada "La Resolución número 000041 de marzo 19 de 1992 proferida por la Veeduría del Tesoro Público". (folio 7 del expediente).

El artículo 228 del ordenamiento constitucional expresa que "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley *y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...*". (Las subrayas son de la Sala).

En virtud de la precitada norma, encuentra respaldo en la Constitución Nacional el principio según el cual no se puede sacrificar el derecho so pretexto de aplicar fórmulas sacramentales así sean de carácter procedimental.

El artículo 4o. del -C de P. C., acerca de la interpretación de normas procesales establece que el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Este criterio, al parecer de la Sala, adquiere mayor vigencia y una aplicación más amplia, en tratándose como en el caso de autos se trata de una acción de nulidad dentro de un proceso contencioso administrativo donde, en cuanto a las partes demandadas se refiere, no se da el rigorismo propio del estatuto procesal civil.

Ha dicho la jurisprudencia que "Tampoco ha de perderse de vista que la interpretación de la demanda, en tanto y en cuanto ello sea posible, es uno de los más preciosos instrumentos con que cuenta el juzgador para lograr el propósito fundamental de obtener la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, y que tal interpretación debe hacerse en forma contextual,

tomando la pieza interpretada como un todo integrado...". (Sentencia Consejo de Estado de junio 9 de 1987, Expediente No. E-102).

> "No se puede incurrir en el rigorismo de impedir al juzgador la interpretación de la demanda con la finalidad, como suele decirse, de no sacrificar el derecho a las fórmulas, máxime que él es un verdadero colaborador para las partes en la administración de justicia. Por ello no puede pensarse que vaya a sufrir mengua aquélla o la equidad misma por el hecho de que el juez entre a valorar el contenido de una demanda cuando ella no esté muy acorde con la técnica procesal.
>
> "En el caso presente, si bien el señor apoderado de la demandante no determinó en todos sus detalles y con toda precisión las partes, del contexto general del libelo surge con toda nitidez que la parte demandada no es otra que la Nación y así lo entendió el suscrito consejero cuando dictó el auto que ha sido objeto del recurso". (Auto de 16 de mayo de 1984. Sección Primera, expediente 4524, Consejero Ponente, Dr. Samuel Buitrago Hurtado).

En segundo lugar y respecto a la objeción al decreto de suspensión provisional, la Sala observa:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo transitorio 34 de la Constitución Nacional y en el Decreto 2093 de 1991 que lo desarrolla, es función general y esencial de la Veeduría inspeccionar y vigilar los recursos del Tesoro Nacional, Departamental, Municipal, Distrital, Territorial Indígena, del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, de las entidades públicas descentralizadas de todos los órdenes, de las asociaciones, corporaciones o fundaciones financiadas en todo o en parte con recursos originalmente provenientes del Tesoro, a fin de impedir que dichos recursos sean utilizados para financiar campañas electorales. Con el mismo objetivo la facultad de inspección y vigilancia se hace extensiva a los recursos provenientes del exterior para la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Capital, o cualquier ente territorial que establezca la ley, las asociaciones, corporaciones y fundaciones legalmente constituidas, las personas naturales y las sociedades cualquiera que sea su naturaleza (artículo 4., numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2093 de 1991).

Estas funciones de inspección y vigilancia, lo reconoce la Sala, las puede ejercer el Veedor, de oficio o a petición de parte, para impedir el uso de recursos públicos o del exterior en las campañas electorales que se efectúen en el término señalado por la Constitución. esto es, en el de tres años, todo de acuerdo con lo expresado en el artículo 16 del multicitado Decreto 2093.

Pero, aparte de las funciones de inspección y vigilancia sobre los recursos provenientes del Tesoro Público y del exterior con destino a las

entidades, personas y sociedades ya citadas, el Veedor tiene, entre otras, la de "examinar los presupuestos del orden nacional, departamental o municipal o de cualquier ente territorial, o de sus entidades públicas descentralizadas, con el objeto de verificar su ejecución y adiciones, especialmente las hechas con anterioridad a cualquier elección", caso en el cual, la Veeduría debe ejercer la inspección y vigilancia sobre partidas que a su juicio sean contrarias a lo preceptuado en el Decreto, (artículo 9 y 10 del Decreto 2093 de 1991).

En ejercicio de esta concreta atribución y a la luz de lo consagrado en el artículo 11 del Decreto 2093, el Veedor podrá "suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones, fundaciones, cuando a su juicio éstas tengan por objeto financiar campañas políticas e influir en los resultados electorales".

La función últimamente citada tiene consagración, reglamentación, requisitos y consecuencias especiales en los artículos 9, 10 y 11 del Decreto, que la hacen diferente a la general de inspección y vigilancia atribuida al Veedor sobre los dineros y actos distintos al Presupuesto.

Así tenemos como de las normas precitadas se infiere que la facultad de examinar, inspeccionar o vigilar los presupuestos por parte de la Veeduría, debe ejercerse dentro de las siguientes condiciones.

1o. Se ejerce sobre los presupuestos del orden nacional, departamental o municipal o de cualquier ente territorial, o de sus entidades públicas descentralizadas.

2o. Durante los tres (3) meses anteriores a cada elección.

3o. Su objeto es el de verificar la ejecución del presupuesto y las adiciones especialmente las hechas con posterioridad a cualquier elección.

4o. Su consecuencia, la de suspender mediante Resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales.

5o. Su procedencia, cuando a juicio del Veedor las partidas presupuestales tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales.

6o. En caso de suspensión en la ejecución de una partida se requiere la intervención de la Procuraduría para recibir notificación de manera inmediata y para pronunciarse dentro de los diez (10) días siguientes sobre la validez de los motivos expuestos en la resolución correspondiente.

Las condiciones distinguidas aquí con los numerales 2 y 5, no se dieron como quiera que la suspensión en el giro de las apropiaciones fue ordenada mediante la Resolución acusada, con posterioridad a las elecciones y no porque a juicio del señor Veedor las partidas tuvieran por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales, sino porque los fondos constituidos por el Gobierno Nacional en el ICETEX, "no han solicitado su inscripción en la Veeduría del Tesoro, en los términos y plazos establecidos en las Resoluciones 000003 de enero 30 de 1992 y 000021 del 25 de febrero de 1992", según términos de los considerandos del acto acusado.

Por lo anterior se consideró que la Resolución acusada violó en forma manifiesta el artículo 11 del decreto 2093 de 1991.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

NO REPONER el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 30 de julio de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; M*iguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* con aclaración de voto*; Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez considera que la resolución acusada no es por sí solo un acto administrativo sino apenas parte de un acto complejo que debió haber sido demandado en su totalidad. Al efecto se remitió el auto de Sala Unitaria que inadmitió un acto semejante, fechado en julio 17 de 1992, Exp. 2068, Actor: MUNICIPIO DE MANZANARES CALDAS, publicado en este mismo tomo de anales.

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES-Formularios/ **SUSPENSION PROVISIONAL**

La efectividad del artículo 2o. del Decreto 1821 de 1990 demandado depende de las exigencias consagradas en el artículo 12 del Decreto 33 de 1984, como quiera que las especificaciones del valor máximo apostable que deben aparecer en la leyenda, deben hacerse conforme a la tabla clasificatoria allí establecida, y, como el artículo 12 contenido en el artículo 1o. del Decreto 1821 de 1990 fue declarado nulo, la referencia expresa que en dicha norma se hace, se torna aplicable. Por imponer el artículo 4o. *ibídem* una obligación de utilizar los formularios CONFORME A LOS ARTICULOS ANTERIORES, conlleva la obligatoriedad de dar cumplimiento al artículo 1o., que por haber sido declarado nulo, no puede producir efectos vinculantes en cuanto a su aplicación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2085. Actor: Faunier Gómez Estrada y Juan Fernando González Giraldo.

Acción de nulidad contra el Decreto 1821 de 6 de Agosto de 1990, expedido por el Presidente de la República.

Por reunir los requisitos legales, la Sala habrá de admitir la demanda presentada por FAUNIER GOMEZ ESTRADA, a través de apoderado, y por el ciudadano JUAN FERNANDO GONZALEZ GIRALDO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., en orden a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 1821 de 6 de Agosto de 1990 "Por el cual se modifica el Decreto 33 de 1984, artículos 12, 13 y 25".

SUSPENSION PROVISIONAL

Los accionantes solicitan la suspensión provisional de los artículos 1o. a 4o. del Decreto 1821 de 1990, expedido por el Presidente de la República, por las siguientes razones:

1. Que el Consejo de Estado con ponencia de la Doctora CLARA FORERO DE CASTRO, en sentencia de Sala Plena de 24 de Septiembre de 1991, declaró nulos los artículos 12, 26 a 41 y 42 del Decreto 33 de 1984, por lo que el acto acusado carece de fundamento jurídico al haber sido anulada la norma a la cual reglamenta (art. 12 Decreto 33 de 1984).

2. Que seguir aplicando los artículos 1o. a 4o. del Decreto 1821 de 1990 equivale a permitir un exceso evidente en la facultad reglamentaria asignada constitucionalmente al ejecutivo, si se tiene en cuenta que el artículo 1o. del citado Decreto fue anulado por el Consejo de Estado, por lo que como consecuencia pierden fuerza ejecutoria los artículos 2o., 3o., y 4o. ibídem cuya existencia inexorablemente dependen de la vigencia del artículo 1o., y, en tal sentido, es procedente dar aplicación al numeral 2o. del artículo 66 del C.C.A.

LA DECISION

Para resolver SE CONSIDERA:

El acto acusado en sus cuatro artículos modifica el Decreto 33 de 1984, en cuanto a sus artículos 12, 13 y 25.

El artículo 1o. del Decreto 1821 de 1990, fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia de 4 de mayo de 1992, Exp. 1552, Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.

Lo que se pretende con la medida precautelativa que ocupa la atención

de la Sala, no es, más que suspender los efectos nocivos que esté produciendo un acto administrativo, cuando se den las causales para ello.

Si el artículo 1o. del Decreto 1821 de 1990 desapareció del escenario jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad, pues esto significa que NO PUEDE PRODUCIR EFECTOS y por lo mismo es improcedente acceder a la solicitud impetrada, por sustracción de materia, ya que resultaría inócuo suspender los efectos de un acto que no pueden producirse.

Ahora bien, corresponde a la sala analizar si los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto 1821 de 1990, son una consecuencia del artículo 1o. *ibídem* anulado.

Señala el artículo 2o.:

> "El Decreto 33 de 1984 artículo 13 quedará así: Todo formulario traerá, sobre el margen lateral derecho de su anverso, la leyenda que señale al público el respectivo valor máximo apostable, especificado de acuerdo con la tabla clasificatoria que establece el artículo 12. Tal leyenda aparecerá en caracteres destacados."

Evidentemente la efectividad del artículo transcrito depende de las exigencias consagradas en el artículo 12, como quiera que la especificaciones del valor máximo apostable que deben aparecer en la leyenda, deben hacerse conforme a la tabla clasificatoria allí establecida, y, como el artículo 12 contenido en el artículo 1o. del Decreto 1821 de 1990 fue declarado nulo, la referencia expresa que en dicha norma se hace, se torna inaplicable y por ende es procedente el decreto de suspensión provisional.

Frente al artículo 3o. del Decreto 1821 de 1990, que modifica el artículo 25 del Decreto 33 de 1984, la Sala observa que no surge en forma ostensible la infracción, toda vez que el citado artículo 3o. no se refiere al formulario utilizado en el juego de apuestas permanentes en sí mismo considerado, sino que regula requisitos para la validez del juego y obligaciones de los concesionarios, por lo que no puede deducirse que se derive en sus efectos del artículo 1o., máxime si la materia reglamentada en uno y otro difiere. Por ello no es viable acceder a la solicitud de suspensión provisional.

Y, finalmente, en lo que guarda relación con el artículo 4o. que señala:

> "Las entidades concedentes podrán habilitar los formularios en existencia a la fecha de vigencia de este Decreto, para utilizarlos de conformidad

con las anteriores disposiciones".

Por imponer una obligación de utilizar los formularios CONFORME A LOS ARTICULOS ANTERIORES, conlleva la obligatoriedad de dar cumplimiento al artículo 1o., que por haber sido declarado nulo, no puede producir efectos vinculantes en cuanto a su aplicación, y en este sentido es procedente el decreto de suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

RESUELVE:

1o. ADMITASE la demanda promovida por FAUNIER GOMEZ ESTRADA Y JUAN FERNANDO GONZALEZ GIRALDO, tendiente a obtener la nulidad del Decreto 1821 de 6 de Agosto de 1990, expedido por el Presidente de la República.

2o. NOTIFIQUESE personalmente a la Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

3o. NOTIFIQUESE personalmente a los señores Ministros de Salud y Hacienda y Crédito Público.

4o. FIJESE el negocio en lista para los efectos de los artículos 207 y 208 del C.C.A.

5o. DEPOSITE la parte actora la suma de dos mil pesos ($2.000.00) para gastos del proceso.

6o. SOLICITESE a las Secretarías de los Ministerios de Salud y de Hacienda y Crédito Público, el envío de los antecedentes administrativos.

7o. DECRETASE la suspensión provisional de los artículos 2o. y 4o. del decreto 1821 de 1990.

8o. DENIEGASE la suspensión provisional de los artículos 1o. y 3o. por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta de julio de mil novecientos

noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TRATADO INTERNACIONAL-Vigencia/ **TRATADO DE EXTRADICION**-Inaplicabilidad/ **EXTRADICION**-Procedimiento

El tratado de extradición con Estados Unidos quedó sin vigencia y por lo mismo no tiene aplicabilidad en nuestro país. Y, como el artículo 1o. del Decreto 1860 fue declarado exequible, suspendió en sus efectos el inciso 2o. del artículo 17 del Código Penal que establecía la obligación de extraditar con sujeción a lo previsto en los Tratados Públicos, se abrió paso a la la extradición aún sin que exista tratado público, conforme a las normas del C. de P.P., lo que hace que los actos acusados se ajusten a la legalidad. No asiste razón al actor en cuanto afirma que el Gobierno no podía realizar acto diferente a denunciar el tratado o introducirle modificaciones, dado que estas eventualidades se establecen sobre la base de la vigencia, esto es, que el tratado pueda o esté produciendo efectos.

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO DEMANDA-Interpretación

No obstante haberse incoado la demanda en ejercicio de la acción de nulidad, que por tratarse de un acto particular no comprendido dentro de las situaciones previstas en los artículos 221 y 223 del C.C.A.; 57 de la Ley 20 de 1975; 9o. del Decreto Ley 2898 de 1953; 567, 580 y 596 del C. de Co. y 13 de la Ley 30 de 1988, no puede ser enjuiciable a través de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., interpretando el libelo y teniendo en cuenta que la demanda se presentó dentro del término de cuatro meses de que trata el artículo 136 *ibídem*, la sala procederá al estudio de los cargos formulados.

DECAIMIENTO DEL ACTO

Teniendo en cuenta que el fundamento que sirvió de soporte jurídico para la expedición del Decreto 1781 de 1982 que declaró vigente el Tratado Internacional firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, desapareció por la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de diciembre de 1986, esto hace que se esté en presencia de la figura conocida como decaimiento del acto, que trae consigo la extinción del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1614. Actor: Rafael Angel Juliao Fernández.

Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 54 de Marzo de 27 de 1990 y 144 de 28 de Junio de 1990, expedidas por el Presidente de la República.

El señor RAFAEL ANGEL JULIAO FERNANDEZ, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación, la declaratoria de nulidad de las Resoluciones de la referencia, por las cuales el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Justicia, Defensa Nacional, Agricultura, Salud Pública, Educación Nacional y Comunicaciones, concedió la extradición del demandante a los Estados Unidos de América.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el apoderado del actor que los actos acusados adolecen de falsa motivación y son violatorios de los artículos 76 ordinal 18 y 120 ordinal 20 de la Constitución Nacional de 1886; 17 inciso 1o. del Código Penal; Ley 34 de 1985 y Decreto 1781 de 1982.

Hace consistir el concepto de violación así:

1. Que cuando la Resolución No. 144 de 1990 que se integra en un solo cuerpo con la No. 54 del mismo año, dice en si considerando fundamental que con las expedición del Decreto 1868 de 1989 se suple el vacío de la no

existencia de ley aprobatoria del tratado de 1979, infringe el artículo 76 ordinal 18 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto la función legislativa radica en cabeza del Congreso, y en ninguna parte de la Constitución se faculta a éste para delegar en el Presidente de la República la función de impartir o no aprobación a los Acuerdos Internacionales suscritos por el Ejecutivo, por lo que hay que entender que siendo el Presidente quien celebra el convenio, mal podría tener la potestad de revisar y aprobar su propia actuación.

2. Que el ordinal 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886 señala que corresponde al Presidente de la República celebrar con otros Estados, tratados o convenios que deberá someter a la aprobación del Congreso, función presidencial esta que no es discrecional sino obligatoria, y, si por cualquier razón el Presidente decide no presentar el proyecto de ley aprobatoria del tratado al Congreso, lo procedente es denunciar el acuerdo para que pierda su vigencia y así Colombia pueda quedar liberada de sus obligaciones, es decir, que el Presidente no puede realizar acto diferente a los mencionados, cuando se refiere a tratados internacionales.

3. Que a la luz del inciso 1o. del artículo 17 del Código Penal, en materia de extradición, los tratados públicos priman sobre la legislación interna, por lo que en el presente caso el Decreto 1860 de 1989 no es aplicable, ya que con los Estados Unidos de América hay un tratado de extradición vigente celebrado en 1979, y por lo tanto, las Resoluciones acusadas son violatorias de la norma citada.

4. Que estando vigente el tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América celebrado en 1979, ambos países están obligados a cumplirlo, y conforme a la Ley 34 de 1985, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de Mayo de 1969, se hayan consagrados los principios "*Pacta Sunt Semanda*" (sic) y "derecho interno y la observancia de los tratados", en donde se prevé que al presentarse una dificultad interna para el cumplimiento del tratado, el país afectado tiene la obligación de entrar a solucionarla de inmediato o en su defecto, proceder a la denuncia del convenio, lo que no hizo el Gobierno Colombiano.

5. Que el Decreto 1781 de 1982, dictado con fundamento en la Ley 7 de 1944 y que le da plana vigencia al Tratado de 1979, no ha sido anulado, modificado ni derogado, por lo que las Resoluciones acusadas no pueden observar normas diferentes.

Indica además el apoderado del actor, que ha quedado plenamente demostrado que el Tratado de extradición suscrito entre Colombia y Estados Unidos de América se encuentra vigente y que el Presidente de la República no lo denunció ni presentó ante el Congreso el correspondiente proyecto de

ley aprobatoria, por lo que pretender que con la expedición del Decreto 1860 de 1989 se apruebe, así sea parcialmente, un tratado público internacional, es desplazar al Congreso de su función legislativa, abusar del poder e incurrir en una falsa motivación.

II. ACTUACION

Mediante providencia de 13 de Noviembre de 1990, se admitió la demanda ordenándose notificar personalmente a los Ministros de Justicia, Defensa Nacional, Agricultura, Salud Pública, Educación Nacional y Comunicaciones.

La Nación - Ministerios de Defensa Nacional, Salud Pública, Justicia, Agricultura, Educación Nacional y Comunicaciones-, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la Ley aprobatoria del Tratado de 1979, fue declarada inexequible, por lo que el Tratado, como acuerdo de voluntades, está vigente, más no como Ley de la República; que el Decreto 1860 de 1989 suspendió el artículo 17 del Código Penal, y la extradición concedida por las Resoluciones impugnadas están cobijadas por las normas de dicho Decreto, ajustándose a la Ley; que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia constituyen cosa juzgada material y por virtud de ella no está vigente el Tratado invocado por el demandante, y, finalmente, que no han desaparecido del ámbito jurídico nacional ninguna de las normas en que se fundamentaron los actos acusados.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA

La Procuraduría Primera Delegada ante esta Corporación, considera que las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, al ser declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, impiden la aplicación del Tratado celebrado en 1979, por lo que el Gobierno Nacional podía dar trámite a la extradición del demandante con base en las normas del Decreto Legislativo No. 1860 de 1989.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

No obstante haberse invocado la demanda en ejercicio de la acción de nulidad, que por tratarse de un acto particular no comprendido dentro de las situaciones previstas en los artículos 221 y 223 del C.C.A.; 57 de la Ley 20 de 1975; 9o. del Decreto Legislativo No. 2898 de 1953; 567, 580 y 596 del C.

de Co. y 13 de la Ley 30 de 1988, no puede ser enjuiciable a través de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., interpretando el libelo y teniendo en cuenta que la demanda se presentó dentro del término de cuatro meses de que trata el artículo 136 *ibídem*, la Sala procederá al estudio de los cargos formulados, no sin antes, y para una mejor comprensión del tema, analizar el contenido de los actos acusados y de las normas que se tuvieron en cuenta para su expedición.

El Gobierno Nacional, a través de las Resoluciones impugnadas, concedió la extradición a los Estados Unidos de América del señor RAFAEL ANGEL JULIAO FERNANDEZ, con base en las facultades conferidas por el Decreto Legislativo No. 1860 de 1989 y en desarrollo del Libro Quinto Título I, Capítulo IV del C. de P.P.

El Decreto Legislativo 1860 de 1989 señala en el artículo 1o.:

"Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, suspéndese la vigencia del inciso 2o. del artículo 17 del Código Penal, para todo lo relacionado con los delitos de narcotráfico y conexos, y, en consecuencia, para efectos de la extradición de nacionales colombianos y extranjeros requeridos por estos delitos, podrá aplicarse el trámite previsto en el Código de Procedimiento Penal, con las modificaciones que en el presente decreto se establecen."

El presuto supuesto estatuye:

"La extradición de Colombiano se sujetará a lo previsto en tratados públicos."

La controversia se centra en el hecho de que el Gobierno Colombiano no podía, en aplicación del Decreto 1860 de 1989 conceder la extradición del demandante, por cuanto se encontraba vigente el Tratado celebrado en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos de América.

La Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 1o. del Decreto 1860 de 1989, el cual fue fallado constitucional, hizo claridad en el hecho de que la suspensión del inciso 2o. del artículo 17 del Código Penal, consiste en que para los delitos de narcotráfico y conexos, los autores nacionales podrán ser extraditados aún sin que exista tratado público y que esta circunstancia de la ausencia del mismo que así lo autorice, no implica de ninguna manera que si tales instrumentos internacionales existen, no deban ser observados, pues, en presencia de un Tratado de extradición no es atendible que se aplique de preferencia la legislación interna de una de las partes o de ambas. Y, que si lo que se desea, estando vigente el tratado, es acabar con la vigencia, el Presidente de la República tiene la opción o de

impedir su aplicación mediante la denuncia, u obtener la modificación de sus cláusulas para lo que se requiere la concurrencia del otro Estado.

Conforme a lo anteriormente expresado, es menester entrar a establecer si el tratado celebrado entre Colombia y Estados Unidos, se hallaba vigente por lo mismo debía aplicarse de preferencia frente a la legislación interna.

Desde el punto de vista del Decreto Internacional, para que un tratado público pueda entrar en vigor o vigencia, se requiere necesariamente del agotamiento de los siguientes pasos:

-Negociación

-Adopción del texto

-Firma

-Aprobación

-Ratificación

-Canje de instrumentos de ratificación.

Desde el punto de vista del derecho interno, la aprobación por parte del Congreso constituye un requisito *sine qua non* para la vigencia de un Tratado público (así también lo ha corroborado la nueva Carta Política en su artículo 224).

Teniendo en cuenta que frente al tratado celebrado en 1979, la aprobación se produjo a través de la Ley 27 de 1980, la cual mediante sentencia de 12 de Diciembre de 1986 fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a que el Ministro Delegatario no tenía la facultad de sancionar dicha Ley, y, posteriormente la Ley 68 de 1986 también fue declarada inexequible por vicios en su formación y trámite, significa entonces, y así lo ha entendido esta Corporación en otras oportunidades, entre ellas en providencia de 7 de Julio de 1989, Exp. 949, que el Tratado al que nos hemos venido refiriendo quedó sin vigencia y por lo mismo no tiene aplicabilidad en nuestro país. Y, como el artículo 1o. del Decreto 1860 de 1989, que como ya se dijo, fue declarado exequible, suspendió en sus efectos el inciso 2o. del artículo 17 del Código Penal que establecía la obligación de extraditar con sujeción a lo previsto en los Tratados Públicos, se abrió paso a la extradición aún sin que exista tratado público, conforme a las normas del C. de P.P., lo que hace que los actos acusados se ajusten a la legalidad. En efecto:

No se vislumbra violación del artículo 76 ordinal 18 de la Constitución Nacional de 1886, dado que el apoderado del actor al expresar el concepto de

la violación tanto para el primer cargo como para el último, hizo consistir el mismo en el hecho de que el Decreto 1860 de 1989 no puede suplir el vacío de la no existencia de la Ley aprobatoria del tratado de 1979, porque en ninguna parte de la constitución se le faculta al ejecutivo para aprobar acuerdos internacionales, con lo cual se está desplazando al Congreso en su facultad legislativa.

De lo anterior se infiere que el supuesto quebranto al artículo 76 ord. 18, no lo es por parte de los actos acusados sino del Decreto 1860 de 1989, norma ésta cuyo control correspondió a la Corte Suprema de Justicia y fue hallada exequible. Luego, si el fundamento de las Resoluciones objeto de estudio para la Sala no es ilegal, tampoco se presentan el abuso de poder ni la falsa motivación alegados.

De la misma manera estima la Sala que no asiste razón al actor en cuanto afirma que el Gobierno Nacional no podía realizar acto diferente a denunciar el tratado o introducirle modificaciones, dado que estas eventualidades se establecen sobre la base de la vigencia, esto es, que el tratado pueda o esté produciendo efectos, y, en el evento sublite, este requisito no tuvo operancia para la época en que se expidieron los actos acusados en virtud de las sentencias de inexequibilidad de las Leyes aprobatorias del Tratado, sin las cuales dicho instrumento internacional se hace inaplicable en el derecho interno.

Tampoco asiste razón al actor en cuanto a la violación del inciso 1o. del artículo 17 del C.P., como consecuencia de la primacía que con los actos acusados se dio a la legislación interna frente a los tratados públicos, por cuanto como ya se vio, ante la circunstancia del desaparecimiento de las leyes aprobatorias del tratado, éste perdió su vigencia, por lo que el trámite para la extradición debía sujetarse a lo establecido en la legislación interna, esto es, conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal que fueron modificadas por el Decreto 1860 de 1989.

Y, finalmente, en lo que atañe a la violación del Decreto 1781 de 1982, este cargo merece las siguientes observaciones:

El Decreto 1781 de 1982, declaró vigente el Tratado Internacional firmado en Washington el 14 de Septiembre de 1979, entre la República de Colombia y los Estados Unido de América.

Esta declaración de vigencia, tuvo como fundamento la aprobación de la Ley 27 de 3 de Noviembre de 1980.

Teniendo en cuenta que el fundamento que sirvió de soporte jurídico para la expedición del citado Decreto, desapareció por la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12

de Diciembre de 1986, esto hace que esté en presencia de la figura conocida como DECAIMIENTO DEL ACTO, que trae consigo la EXTINCION del mismo. Por esta razón no hubo quebranto alguno.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda incoada por RAFAEL ANGEL JULIAO FERNANDEZ, en relación con las Resoluciones Nos. 54 de 27 de Marzo de 1990 y 144 de 28 de Junio del mismo año.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

POTESTAD REGLAMENTARIA/ URBANISMO/PROYECTO URBANISTICO-Trámite/ **TRANSITO DE LEGISLACION**

El objeto de la Reglamentación no es otro que el de esteblecer los pormenores que el legislador dejó de lado al expedir la norma general, para de esta manera desentrañar el contenido ínsito de la ley, con el fin de hacerla viable y expedida en su aplicación, pero sin sustituirla, ni rebasar ni restringir su verdadero alcance. En el acto impugnado se impone una condición a los interesados en proyectos urbanísticos y arquitectónicos, cual es la de obtener en el plazo perentorio de seis meses la aprobación definitiva del anteproyecto o del proyecto, para beneficiarse con la aplicación de normas anteriores, lo que no preveía la norma superior, haciendo más gravosa la situación de quienes, bajo el imperio de una nueva normatividad, se verán precisados a adecuar sus solicitudes para planes urbanísticos a los nuevos trámites y requisitos que se exijan. CONFIRMA LA NULIDAD del parágrafo del artículo 103 del decreto 0777 de 30 de septiembre de 1987, expedido por la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1825. Recurso de apelación contra la sentencia de 2 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: Jaime Valenzuela Cobo.

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Santiago de Cali, contra la sentencia de la referencia , por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad del parágrafo del artículo 103 del Decreto 0777 de 30 de septiembre de 1987, expedido por la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali.

I. LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO

Para declarar la nulidad del acto acusado, consideró el *a-quo*:

Que tanto la norma impugnada, como el artículo 429 del Decreto Extraordinario 0659 de 1986 que se cita como quebrantado, pretenden regular el caso de los proyectos urbanísticos y arquitectónicos que se hallan en trámite cuando se expida una nueva norma sobre urbanización o construcción, y, ambas normas otorgan efecto ultractivo por el término de seis meses a las disposiciones derogadas, puesto que autorizan a los interesados a acogerse a ellas. Pero, el parágrafo del artículo 103 que es de carácter reglamentario, excede los términos de la norma reglamentada, pues suprime el beneficio que la segunda consagra de poderse acoger a las disposiciones anteriores por el lapso de seis meses, adicionándole la condición de obtener en ese mismo término la aprobación definitiva del proyecto urbanístico, lo que la hace ilegal.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Según el recurrente, el artículo 429 del Decreto Extraordinario 0659 de 1986 requería de reglamentación, porque tenía un vacío relativo al trámite de los proyectos y anteproyectos, lo que no significa extralimitación sino ejercer un derecho para precisar el alcance de la norma.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La procuradora Primera Delegada ante esta Corporación conceptúa que la norma acusada, por ser simplemente reglamentaria, es de inferior jerarquía y no se ajustó a la directriz contenida en el Código Urbano, lo que hace que haya sido bien anulada por el juzgador de primera instancia.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver y para el efecto

SE CONSIDERA

Es menester en primer término analizar el contenido del acto acusado y de la norma que se considera transgredida.

Preceptúa el artículo 103 del Decreto 0777 de 1987 en su parágrafo:

"Expedida la nueva norma , los proyectos urbanísticos y arquitectónicos que se encuentran en trámite y que cumplan la condición anterior, tendrán un plazo de seis (6) meses para obtener la aprobación definitiva del anteproyecto o proyecto, sin acogerse a la nueva norma" (fl. 276 cuaderno No.1).

Señala el artículo 429 del Decreto Extraordinario 0659 de 1986:

"En todo evento en que se modifiquen las normas sobre urbanización o construcción, el asunto en trámite podrá acogerse a las disposiciones anteriores por el término de seis (6) meses, contados a partir de la expedición de las normas modificatorias." (Fl. 235 *ibídem*).

El objeto de la reglamentación no es otro que el de establecer los pormenores que el legislador dejó de lado al expedir la norma general, para de esta manera desentrañar el contenido ínsito de la ley, con el fin de hacerla viable y expedita en su aplicación, pero sin sustituirla, ni rebasar ni restringir su verdadero alcance. Por ello, no asiste razón al recurrente en cuanto afirma que con el acto acusado se está precisando el alcance del artículo 429 del Decreto 0659 de 1986, toda vez que de la lectura de las normas anteriormente transcritas se infiere que efectivamente en el acto impugnado se impone una condición a los interesados en proyectos urbanísticos y arquitectónicos, cual es la de obtener en el plazo perentorio de seis meses la aprobación definitiva del anteproyecto o del proyecto, para beneficiarse con la aplicación de las normas anteriores, lo que sin lugar a dudas no preveía el artículo 429 citado, haciendo más gravosa la situación de quienes, bajo el imperio de una nueva normatividad, se verán precisados a adecuar sus solicitudes para planes urbanísticos a los nuevos trámites y requisitos que se exijan.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA :

CONFIRMASE la sentencia de primer grado proferida el 2 de Julio de 1991 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la acción

de nulidad instaurada por JAIME VALENZUELA COBO frente al parágrafo del artículo 103 del Decreto 0777 de 1987.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA-Facultades/ **TAZA** - Fijación/ **CONGRESO**-Funciones/ **ACUERDO DE CARTAGENA/ TEORIA DUALISTA DE LA CONSTITUCION**

Cuando el artículo 120 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena faculta a las "oficinas nacionales competentes" para "establecer las tasas que consideren necesarias para la tramitación de los procedimientos" relativos a Propiedad Industrial, no precisó a qué entidad de los países miembros competía el ejercicio de dicha potestad impositiva. La validez, obligatoriedad y aplicación de las normas supranacionales, derivan su sustento de normas constitucionales, tanto de la antigua como de la nueva Carta. Esa normatividad constitucional prevé, por consiguiente, que la regulación contenida en esos tratados o convenios será la que determina el ámbito de competencia de los organismos supranacionales. Y como para el caso de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no se le ha transferido competencia en materia impositiva - para establecer tasas-, tal atribución corresponde al Congreso de la República. Respecto de la censura de que las Normas supranacionales tienen preminencia en el derecho interno, la Sala observa que derivando de ellas su validez y obligatoriedad de la Constitución Nacional no puede predicarse su prevalencia sobre ésta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejo Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2011. Acción de nulidad contra la Resolución No. 334 de 10 de Abril de 1992, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: Juan Pablo Cadena Sarmiento.

Corresponde decidir el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la demanda SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO contra la providencia del 21 de Mayo de 1992, por la cual se admitió la demanda de nulidad incoada contra el acto administrativo de la referencia y se ordenó estar a lo dispuesto en la providencia de 15 de Mayo de 1992, con ponencia del Consejero doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, en que esta Sección decretó la suspensión provisional de la Resolución que aquí se impugna.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICION

El apoderado de la demanda, al sustentar el recurso, solicita que la providencia objeto del mismo sea revocada en todas sus partes y que en su reemplazo, se inadmita la demanda. Para el efecto adujo, en síntesis, los siguientes argumentos:

1. Que dentro de las consideraciones de la Sección primera para admitir la demanda y atender el decreto de suspensión provisional en el expediente 1993, se expresa que la Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad competente para fijar las tasas relativas a la tramitación de los procedimientos en materia de propiedad industrial, por lo que en tal virtud se desconocieron, al momento de expedir el acto acusado, normas de carácter legal y constitucional.

2. Que respecto a la Resolución No. 334 de 1992, ésta se sujetó al ordenamiento jurídico, por cuanto la oficina nacional competente a que se refiere la Decisión 313, es la Superintendencia de Industria y Comercio, y debe darse aplicación al artículo 30 del Código Civil Colombiano, analizando los artículos 3o. ordinal b.), 13 inciso 1o. y último; 23, 26, 27, 28, 38, 44, 45 inc. 2o, 52 inc. 1o., 59 inc. último, 61, 63, 68 inc. último, 74, 76 inc. 1o. y último, 79, 80, 81, 83 inc. 1o., 84, 85, 88, 92, 98, 105, 115 inc. 1o., 120 y 121 de la Decisión 313, que hacen todos referencia a la oficina nacional competente, lo que permite determinar inequívocamente, con la claridad meridiana, que en el contexto de la decisión 313, la locución "Oficina nacional competente", está indiscutiblemente referida a la entidad administrativa encargada de administrar el sistema nacional de la propiedad industrial en cada uno de los países miembros.

3. Que se encuentra produciendo plenos efectos legales el Decreto 575 de 1992, reglamentario de la decisión 313 y apoyo normativo de la Resolución 334, en el cual se expresa, a todo lo largo del articulado, que la oficina nacional competente en materia de propiedad industrial, es la Superintendencia

de Industria y Comercio, a quien le corresponde adelantar la tramitación de los procedimientos vinculados con la propiedad industrial.

4. Que la Decisión 313 es una norma de aplicación inmediata y preeminente respecto de cualquier disposición Interna.

5. Que no resulta viable confrontar directamente la Resolución 334 con normas de rango constitucional, sino que debe efectuarse frente a la Decisión 313 y al Decreto 575 de 1992 que le sirven de sustento, y sólo así y una vez determinada la violación con la disposición en que se fundamenta, cabría eventualmente la suspensión provisional.

6. Que como consecuencia necesaria de la preeminencia del derecho comunitario, la determinación de tarifas que se haga con fundamento en el artículo 120 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y en ejercicio de la facultad que dicho artículo otorga a la oficina nacional competente, hace que la norma nacional reguladora de la materia devenga en inaplicable y su aplicación quede suspendida, por lo que no es viable confrontar la Resolución 334 contra el Decreto 234 de 4 de febrero de 1983, pues con la expedición de la mencionada Resolución, quedó suspendida la aplicación del Decreto.

7. Que en la providencia recurrida aun cuando no se decretó la suspensión provisional, la Sala sí se pronunció sobre la misma y concluyó que es procedente. Pero de conformidad con el artículo 152 del C.C.A., es necesario que haya manifiesta violación de las normas invocadas como fundamento de la Resolución, para que proceda tal medida, y el acto se ajustó íntegramente tanto al texto del artículo 120 de la Decisión 313, como a los términos del Decreto 575 de 1992.

LA DECISION

Para resolver se considera:

Esta misma Sala, en proveído de fecha 27 de julio de 1992, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 15 de Mayo de 1992 por la cual se Decreto la suspensión provisional de la Resolución No. 334 de 10 de Abril de 1992, dentro del expediente No. 1993, con ponencia del Consejero doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, expresó que:

El artículo 120 de la Decisión 313 de la comisión del Acuerdo de Cartagena que facultó a las "oficinas nacionales competentes" para establecer las tasas necesarias para la tramitación de los procedimientos relativos a propiedad industrial, no precisó la entidad de los países miembros a quien competía el ejercicio de dicha potestad, por cuanto sus atribuciones, como órgano máximo

del Acuerdo, están claramente delimitadas (arts. 6o. y 27 texto oficial codificado 1988 del Acuerdo de Cartagena) para legislar sobre las materias de su competencia, es decir sobre propiedad industrial, y, por consiguiente, la facultad de establecer tasas no resulta comprensiva dentro de su capacidad legislativa.

Que la validez, obligatoriedad y aplicación de normas supranacionales, como las de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, derivan su sustento de las normas contenidas tanto en la antigua como en la nueva Carta Política (ord. 18 art. 76 C.N. 1886, 150 ord. 16 Constitución de 1991), en donde se establece que la regulación prevista en los tratados o convenios será la que determina el ámbito de la competencia de los organismos supranacionales y, como para el caso de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no se ha transferido competencia en materia legislativa para establecer tasas, dicha atribución corresponde al Congreso de la república conforme lo previenen los artículos 150 ord. 16 y 338 de la Constitución Nacional, y no a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Y, que, conforme al artículo 4o. de la nueva Carta política, la Constitución es norma de normas, y, ello hace que las normas supranacionales, que derivan su validez y obligatoriedad de la Constitución Nacional, no puedan prevalecer sobre ésta.

Teniendo en cuenta que los fundamentos del recurso que ahora ocupa la atención de la Sala, son los mismos expresados en el escrito contentivo del recurso de reposición que dio origen a la providencia a que nos hemos venido refiriendo, esta Corporación reitera los planeamientos allí expuestos y en consecuencia no accede al pedimento de revocar el auto de 21 de Mayo de 1992.

En lo tocante a la solicitud de inadmisión de la demanda, que fue uno de los objetivos del recurso, la Sala estima que por contener el libelo las exigencias requeridas en el artículo 137 del C.C.A. (fls. 90 a 101), se hizo procedente su admisión y por esta razón no hay lugar a revocar la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

CONFIRMASE la providencia de 21 de Mayo de 1992, proferida dentro del proceso de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente *; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO/ PUBLICACION/FALSA MOTIVACION

El motivo alegado en el acto demandado para abstenerse de aplicar la resolución, fue simplemente producto del desconocimiento sobre su publicación por parte del agente de la administración que lo profirió, de tal manera que adolece claramente de falsa motivación, lo cual implica que se violaron los artículos sobre publicación de los actos. DECLARASE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Oficio No. 346-0009-0126 de enero 10 de 1991, suscrito por el Director General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1691. Actor: Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV".

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV", en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a obtener de esta Corporación las siguientes declaraciones:

1a.- "Que es nulo el acto administrativo contenido en el Oficio de enero 10 de 1991 No. 346-00090-126 del Director General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil...".

2a.- "Que como consecuencia del pronunciamiento anterior se declare que la Resolución No. 7638 de mayo 10(sic) de 1990 del Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que modifica para reducir el tiempo de servicios de los Auxiliares de Vuelo, está vigente, y por consiguiente debe cumplirse mientras no sea derogada o anulada por la autoridad competente" (fl. 12).

I. ANTECEDENTES

a.- El acto acusado.

Lo es el enunciado en la declaración primera que antecede, cuyo texto, por lo reducido del mismo se transcribe a continuación (fl. 3).

"En respuesta a sus Oficios AV-001 Y AV-009 de 2 y 9 de enero de 1991, le comunico que la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990, no fue publicada en el Diario Oficial y por lo tanto no tiene validez legal. En consecuencia, las actividades aeronáuticas se deben regir por el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, que se encuentra vigente en el momento".

b.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que se citan como fundamento de las pretensiones de la demanda se sintetizan así (fls. 12 a 15):

1.- La Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo es una organización gremial integrada por trabajadores que ejercen la profesión de Auxiliares de Vuelo en el país. Entre sus fines se encuentra el de "... asesorar a sus afiliados en la defensa de sus derechos y la de representar en los procesos judiciales y ante cualquier autoridad y los patronos, los intereses económicos comunes y generales de los agremiados".

2.- Como resultado de acuerdos logrados entre la Asociación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y las Aerolíneas Nacionales, con fecha mayo 31 de 1990 se expidió por parte del citado Departamento Administrativo la Resolución No. 7638, la cual introdujo modificaciones a los reglamentos aeronáuticos en relación con algunos aspectos sobre el trabajo de los Auxiliares de Vuelo, modificaciones estas que para ellos representan "... importantes conquistas laborales, como la reducción de la jornada de trabajo y el aumento del descanso y de los viáticos por la rotación en el exterior, pero también

mayor seguridad para los usuarios y las Empresas Aéreas, mejorando el servicio y evitando accidentes aéreos por el cansancio y la fatiga del personal que labora en tan delicada actividad".

3.- Ante una consulta formulada por la Asociación al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, esta entidad, en comunicación de diciembre 14 de 1990 expresó, entre otros aspectos, que la mencionada Resolución No. 7638 de 1990 "... entra en vigencia a partir del 1o. de enero de 1991, conteniendo modificaciones a los numerales anteriormente citados y que será incorporada en el nuevo Manual de Reglamentos Aeronáuticos, y que también entra en vigencia el próximo 1o. de marzo de 1991".

4.- Como quiera que las empresas aéreas se negaron a dar cumplimiento a la Resolución 7638 de 1990, con fecha 2 de enero de 1991 la Asociación se dirigió a la Aeronáutica Civil para solicitarle se conminare a la Empresa Avianca a acatar las normas contenidas en aquella, solicitud esta que se elevó nuevamente el 9 de enero del citado año.

5.- En respuesta a las anteriores solicitudes, y contrariando el concepto de que se da cuenta en el numeral 3. que antecede, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil expidió el acto administrativo contenido en el Oficio cuya nulidad se solicita.

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

La parte actora considera en su demanda que el acto acusado viola las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan así (fls. 16 a 18):

Primer cargo.- Falsa motivación del acto acusado, lo cual acarrea su nulidad de acuerdo con los términos del artículo 84 del C.C.A., pues mientras que en aquél se afirma que la Resolución No. 7638 de 1990 no puede entrar en vigencia debido a su no publicación, a la demanda se acompaña un ejemplar del Diario Oficial No. 39.621 de enero 4 de 1991, que demuestra todo lo contrario.

Segundo cargo.- Violación de la Ley 3a. de 1977 y del Decreto 2332 del mismo año "... ya que los funcionarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil están dejando de cumplir con dichas normas que otorga entre sus atribuciones la de vigilar, coordinar y controlar toda la actividad aeronáutica, y entre ellas la de velar porque las Empresas Aéreas cumplan las disposiciones legales y reglamentarias".

Tercer cargo.- Violación de los artículos 2o. y 20 de la Constitución Política de 1886, toda vez que conforme a ellos era obligación del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil atender favorablemente

la petición formulada por la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "... y no sólo comunicarle a las Empresas Aéreas la vigencia de la Resolución 7638 de 1990, sino ordenarles su cumplimiento y aplicación".

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Política de 1886, pues con el acto acusado, antes de proteger a los miembros de la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "... como personas trabajadoras, se les está impidiendo un derecho adquirido con la Resolución 7638 de mayo 31 de 1990 y facultando a las Empresas Aéreas para su no aplicación". Si las normas de derecho son, por lo general., de aplicación inmediata, expresa la actora, con mayor razón las laborales, las cuales, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia"... a medida que se vayan expidiendo normas legales sobre la materia, van quedando incorporadas en los contratos de trabajo en ejecución a partir de la vigencia de estos preceptos...' (Casación, marzo 4/49)".

Aun cuando la parte actora cita como igualmente violados por el acto demandado los artículos 26 y 32 de la Constitución Política de 1886, en su demanda no expresa el concepto de su violación.

d.- Las razones de la defensa.

En su contestación de la demanda la parte demandada no se refiere directamente a los cargos formulados por la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo, sino que propone las excepciones que en resumen se presentan a continuación (fls. 39 a 46):

1a.- Ausencia de falsa motivación imputable a la autoridad Aeronáutica.

No puede hablarse de falsa motivación de los actos administrativos "...desde el punto de vista puramente formal, aún siendo esta visible material y aparentemente...", cuando el funcionario ha sido inducido a error, como ocurre en el presente caso, pues si bien la Resolución 7638 de 1990 debía entrar a regir el 1o. de enero de 1991 entraría en vigencia el nuevo Manual de Reglamentos Aeronáuticos, el cual cobijaría todos los aspectos de la vida aeronáutica.

Acudiendo a una copia de la Resolución 7638 de 1990, y pagando los derechos correspondientes, ACAV logró que con fecha 4 de enero de 1991 se publicase dicho acto en el Diario Oficial, "...imponiéndose a la voluntad de la administración, asumiendo así una actitud que bien encuadra entre los actos de violencia y desconocimiento a las autoridades, prohibidos a los sindicatos en los literales F y H del art. 377 C.S.T.".

El 10 de enero de 1991 ACAV reiteró su solicitud de dar aplicación a la mencionada Resolución 7638 de 1990, ante una dependencia eminentemente

técnica, obteniendo como respuesta la manifestación contenida en el acto acusado, la cual "... estuvo inspirada en un alto sentido común y de buena fe". Entonces, "... no fue que el Director General de Operaciones Aéreas decidiera motivar falsamente el acto por su culpa así hubiere sucedido, sino que el actor en una audaz maniobra secundada por el calendario, logró que aquél incurriera en error...".

2a.- Falta de legitimación en la parte actora.

Esta excepción se fundamenta en el hecho de que si bien el artículo 4o. de los Estatutos de la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo, que enumera los fines de la misma, en su literal e) consagra el de "Representar en juicio o ante cualquier autoridad u organismo los intereses económicos a comunes y generales de los agremiados...", no lo es menos que "... los conflictos laborales son jurídicos o ECONÓMICOS, es decir, los intereses representar serían jurídicos o económicos, pero los estatutos solo autorizan a la asociación la representación en conflictos económicos, esos que el Art. 3 del Código Procesal del Trabajo excluye del conocimiento de los jueces del trabajo para que sean conocidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El conflicto que plantea ACAV es de orden jurídico administrativo y no queda señalado en parte alguna de los estatutos de dicho sindicato autorizando su intervención judicial en ese sentido". En consecuencia, ACAV no está legitimada para adelantar este proceso, pues carece de facultad legal o estatutaria para ello.

3a. Incompetencia del Consejo de Estado para revivir o declarar vigente la Resolución No. 7638 de 1990, como se pretende en la demanda, por las siguientes razones :

No obstante que la vigencia del nuevo Manual de Reglamentos Aeronáuticos, que derogaba, entre otras, la Resolución 7638 de 1990, estaba prevista para el 1o. de marzo de 1991, y debido a que se requería introducir algunas modificaciones en su texto, la Aeronáutica Civil decidió no publicar tampoco la Resolución 9969 de 1990 que lo adaptaba, para lo cual se expidieron las Resoluciones 15082 de 1990 y 2066 de 1991, con las cuales se prorrogó la entrada en vigencia del nuevo Manual.

Pretendiendo forzar la entrada en vigencia de la mencionada Resolución 9969 de 1990, AVIANCA acudió al mismo procedimiento arbitrario utilizado por "ACAV" y logró su publicación el 14 de febrero de 1991, "... imponiéndose a la voluntad de la Administración, pero no publicó en el Diario Oficial el texto del Manual que se adoptaba, es decir, si (sic) la intervención de particulares, aspecto cuestionable, dio vigencia de la Resolución 7638/90 también debió darla a la número 9969/90" (sic).

"La Resolución 9969/90, en su artículo 2o. derogó como es sabido, el Manual anterior y todas las resoluciones que lo habían modificado, o sea, derogó la Resolución 7638/90, cuya vigencia pretende el demandante, sea declarada por esa H. Corporación" (sic).

4a.- Con la demanda intentada la actora pretende que al declararse la nulidad del acto acusado, la Resolución 7638 de 1990 adquiera vigencia y sea aplicable, lo cual no es posible, puesto que, aún suponiendo la actual vigencia de dicha Resolución, ella "... no perdería su vigencia con un acto de menor jerarquía que dice que no lo está; y en sentido contrario, si la resolución no está vigente, no va a adquirir vigencia porque un acto de menor jerarquía así lo disponga. En lo anterior se pretende que, si eventualmente se declara nulo el acto demandado, no necesariamente deba quedar vigente la, tantas veces mencionada, Resolución 7638/90. Ella podrá estarlo o no, sin depender de lo que se disponga sobre el acto demandado"(sic).

e.- La actuación surtida.

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

Por auto de 11 de abril de 1991, se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 23 a 27).

Mediante providencia de 21 de junio de 1991, se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 49 a 51).

Por auto de 1o. de noviembre de 1991 (fl. 71), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para su vista de fondo. Aquellas no hicieron uso del mencionado derecho y la señora Agente emitió su concepto visible a folios 73 a 75.

III.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección considera, en resumen, que las razones expresadas por la Administración en el acto acusado, para de ellas predicar la inaplicación de la Resolución 7638 de 1990, caen bajo el peso de la realidad demostrada con el ejemplar del Diario Oficial donde ésta se publicó, por lo cual "...se impone la anulación del Oficio por falsa motivación...", como lo plantea la parte actora.

También considera que las razones expresadas por la Sala en el auto que dispuso la suspensión provisional del acto acusado son suficientes para,

con fundamento en ellas, estimar que las pretensiones de demanda estén llamadas a prosperar.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de emprender el análisis del fondo mismo de la controversia, corresponde a la Sala referirse a las excepciones propuestas por la parte demandada, a lo cual procederá en el mismo orden en que fueron formuladas.

1o.- En relación con la excepción consistente en ausencia de falsa motivación.

Este medio de defensa se basa, en esencia, en alegar que la parte actora, al proceder a la publicación en el Diario Oficial de la Resolución 7638 de 1990, y luego de reiterar su solicitud de darle aplicación, indujo en error a la Administración, debido a lo cual se produjo el acto acusado.

Analizadas las razones en que se fundamenta esta excepción, la Sala considera que ella no está llamada a prosperar.

En efecto, la Resolución 7638 de 1990, "por la cual se introducen reformas a los reglamentos aeronáuticos", que obra a folio 2 del expediente, determina en su artículo 6o. que ella rige a partir del 1o. de enero de 1991, a renglón seguido, imparte la orden para su publicación y cumplimiento. Por consiguiente, en virtud de los mandatos a que se acaba de hacer referencia, correspondía a la dependencia del Estado de la cual emanó proceder sin dilación alguna de acuerdo a lo allí dispuesto, es decir, a desplegar los mecanismos internos tendientes a lograr su oportuna publicación en el Diario Oficial, para que sus disposiciones pudiesen regir y cumplirse a partir del 1o. de enero de 1991, pero, como quiera que ello no ocurrió así, y no existe ley que lo prohiba, sus destinatarios, directamente interesados en obtener la efectividad de los derechos que de ella dimanaban en su favor, procedieron a sufragar por sus propios medios tal publicación, conducta ésta que no podría tildarse jamás, como lo expresa la parte demandada, como un acto "... de violencia y desconocimiento a las autoridades ..." sino, por el contrario, como el mínimo derecho que pueden ejercer las personas frente a tan tamaña inercia de las dependencias oficiales, quienes, en este caso, tuvieron más de 7 meses para actuar, sin hacerlo.

De otra parte, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2o. y 8o. de la Ley 57 de 1985, y 9o. del Código Civil, actos como la Resolución 7638 de 1990 rigen a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, por lo cual su ignorancia no sirve de excusa, menos aún cuando ella se alega como causal exculpativa por parte de la misma autoridad que lo profirió para, con fundamento en ella, sostener que el acto acusado se inspiró "... en un alto sentido común y de buena fe".

Adicionalmente a lo expuesto, la Sala considera que, frente a casos como el *sub judice*, ningún argumento sobre la oportunidad, ni ninguna alegación deducida de la complejidad o tecnicidad del asunto sometido, pueden dispensar a la administración pública de su obligación de fundamentar sus decisiones en circunstancias de hecho verdaderas, que le permitan realizar una acertada calificación jurídica de los mismos.

En consecuencia, no prospera esta excepción.

2o.- En relación con la excepción de falta de legitimación de la parte actora.- La alegada falta de legitimación se cimenta, en juicio de la parte demandada, en suma, en que el asunto que se ventila en este proceso surgió como consecuencia de un conflicto laboral de carácter económico, para cuyo adelantamiento la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo carece de facultad legal o estatutaria.

Sin necesidad de entrar en el análisis de los argumentos expuestos por la demandada, y sin preámbulos para más, la Sala considera que este medio de defensa tampoco tiene vocación de prosperar, por la sencilla razón de que el ejercicio de la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, como la intentada, está instituida en favor de *toda persona* que se crea lesionada en un derecho amparado por una norma jurídica para pedir la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en un derecho, sin limitaciones de ninguna naturaleza, resultando, por tanto, innegable el que la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV", como persona jurídica que es, está legalmente habilitada para su ejercicio.

En consecuencia, esta excepción no prospera.

3o.- En relación con las excepciones tercera y cuarta, las cuales, tal como fueron planteadas, se traducen en que esta Corporación debe declararse incompetente para fallar de fondo sobre la segunda pretensión de la demanda, en cuanto por ella se solicita declarar la vigencia de la Resolución 7638 de 1990, la Sala considera que ellas no pueden prosperar, pues no solamente se dirigen a cuestionar aspectos propios de la decisión que habrá de adoptarse en esta sentencia, sino porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A. que delimita en forma general la órbita de acción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, su incompetencia sólo puede resultar como consecuencia de que se someta a su juzgamiento controversias o litigios no originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, lo cual no es el caso *sub judice*.

En razón de lo expuesto, no prosperan estas excepciones.

La cuestión de fondo.

En relación con el primer cargo: Falsa motivación del acto acusado.

En la providencia mediante la cual se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto cuya nulidad se solicita, la Sala expresó :

"En la sustentación de la medida precautelativa la actora se fundamenta en la causal de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. con el nombre de "falsa motivación" y considera que el acto acusado viola flagrantemente los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional, así como la Ley 3a. de 1977 y el Decreto 2332 del mismo año.

"Se fundamenta la violación de estas normas en el hecho consistente en que frente a la solicitud de la aplicación de la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990, proferida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y publicada como fue en el Diario Oficial, el Director General de Operaciones Aéreas del mismo organismo expresó en el acto enjuiciado que al no haber sido publicada en el mencionado Diario carece de validez legal y, en consecuencia, "las actividades aeronáuticas se deben regir por el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, que se encuentra vigente en el momento".

"La parte actora, para demostrar la violación directa por parte de la norma que se analiza, acompañó a la demanda el Diario Oficial No. 39.621 del 4 de enero de 1991 en el que aparece publicado el texto de la Resolución No. 7638 ya mencionada, lo cual contraría abiertamente la afirmación que se hace en el acto demandado, expedido el 10 de enero de 1991.

"El mencionado Diario Oficial, debidamente autenticado como se encuentra, tiene el valor de copia auténtica de la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990, documento público con fundamento en el cual puede probarse la manifiesta infracción de la norma invocada en apoyo de esta medida (arts. 263 del C. de P.C. y 152 del C.C.A.).

"Lo anterior indica a la Sala en este momento procesal, que el motivo alegado en el acto demandado para abstenerse de aplicar a los afiliados de la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990, fue simplemente producto de desconocimiento sobre su publicación por parte del agente de la Administración que lo profirió de tal manera que adolece claramente de falsa motivación, lo cual implica que se violaron ostensiblemente los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución, en concordancia con el artículo 8o. de la Ley 57 de 1985, sobre publicación de los actos, y con el artículo 6o. de la misma Resolución No. 7638 de 1990, según el cual

"rige a partir del 1o. de enero de 1991". Ello amerita, sin hesitación alguna y sin necesidad de entrar en el análisis de las demás normas invocadas, decretar la procedencia de la suspensión provisional solicitada, pues lo contrario conllevaría a sentar el funesto precedente de que la Administración Pública, prevalida de sus poderes, amparada sin fundamento en el principio de legalidad de sus actos o por simple ignorancia o capricho pueda desviarse de sus propios fines, que no son otros que el servicio público y el interés de la comunidad" (fls. 23 a 27).

Como se observa de la transcripción anterior, desde los comienzos del proceso la Sala tuvo una clara visión del problema de fondo sometido a su estudio, y fue por ello que, sin hesitación de ninguna naturaleza, como era lo debido, procedió a decretar la suspensión provisional de los efectos del acto enjuiciado. Cabe anotar que en el curso del proceso la situación fáctica-jurídica que originó tal decisión no ha sufrido variación alguna sino que, por el contrario, como quedó planteado en el análisis de la primera de las excepciones propuestas, la Administración no logró desvirtuar la falsa motivación del acto acusado.

De consiguiente, la Sala reitera en esta sentencia los anotados planteamientos como fundamento para adoptar la decisión de anular el acto demandado, tal como se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

Por las razones que anteceden, prospera este cargo.

En relación con los cargos segundo, tercero y cuarto.

Habiendo prosperado el primer cargo no es menester, entonces, entrar a considerar la violación de las normas en ellos invocado.

Ahora bien, en lo que respecta a la petición de restablecimiento del derecho formulada por la parte actora la Sala considera que no es posible proceder a la declaratoria acerca de que la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990, emanada del Departamento Administrativo del Servicio Civil, está vigente, ya que su vigencia solo depende de que el acto no haya sido derogado o anulado o suspendido por los organismos jurisdiccionales, lo cual no es objeto de este proceso. En cambio, como fue objeto de este proceso el establecimiento de la fecha en que dicha Resolución entró en vigencia, ello es susceptible de ser declarado por parte de la Sala, como efectivamente se hará en la parte resolutiva de este fallo.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DECLARASE la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio número 346-0009-0126 de enero 10 de 1991, suscrito por el Director General de Operaciones Aéreas del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Segundo.- DECLARASE que la Resolución No. 7638 del 31 de mayo de 1990 entró en vigencia el día 4 de enero de 1991, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

Tercero.- Reconócese como apoderado de la parte demandada al doctor Edgar Benjamín Rivera López.

Cuarto.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Quinto.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

GARANTIAS DEL CONTRATO/CONTRATO ADMINISTRATIVO- Perfeccionamiento/**CONTRALOR DEPARTAMENTAL-**Atribuciones/ **SUSPENSION PROVISIONAL**

Confrontando el texto del acto acusado, mediante el cual se establecen distintos requisitos respecto del certificado de reserva presupuestal y del perfeccionamiento del contrato, con el numeral 5o. del artículo 552 del Código Fiscal del Departamento del Atlántico, que señala, entre otras obligaciones del Contralor General del Departamento, la de "constituir y certificar las reservas de las apropiaciones para amparar obligaciones contractuales como registro previo para el registro fiscal del contrato", surge de manera palmaria el quebrantamiento por la norma demandada, de la norma superior invocada, toda vez que la primera establece y reglamenta medidas de procedimiento y control en materia fiscal, cuya regulación lo establecerá la ley, no pudiendo, en consecuencia, hacerse a través de un decreto departamental. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 4o. 5o., y 6o. del Decreto 000459 de 1991, expedido por el señor Gobernador del Departamento del Atlántico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera .

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Referencia: Expediente Nº. 2086. Recurso de apelación contra el auto de 19 de Febrero de 1992, del Tribunal del Atlántico. Actor : José Joaquín Rincón Chaves.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado del Departamento del Atlántico y el tercero impugnante contra el auto de 19 de Febrero del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 4º, 5º y 6º del Decreto 000459 de 1991, expedido por el señor Gobernador del Departamento del Atlántico.

I. EL AUTO RECURRIDO

Para decretar la suspensión provisional de los artículos enunciados, el Tribunal *a-quo* razonó, en esencia, así:

El artículo 4º del Decreto 000459 de 1991, de la Gobernación del Departamento del Atlántico, reza:

> "CERTIFICADO DE RESERVA PRESUPUESTAL. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 134 del Código Fiscal del Departamento, la operación de registro presupuestal se cumplirá una vez sea suscrito el contrato, por el Secretario de Hacienda Departamental o por el Jefe de Presupuesto.
>
> El certificado de reserva presupuestal de las Ordenes de Trabajo y Ordenes de Contrato será suscrito por el Jefe de la División de Presupuesto. El certificado de reserva presupuestal de los contratos será suscrito por el Secretario de Hacienda.
>
> PARAGRAFO. Los certificados de reserva presupuestal se harán constar mediante sello que se colocará en el cuerpo del respectivo documento contractual. Los funcionarios responsables de expedir el certificado de reserva presupuestal deberán hacerlo dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de recibo de la documentación respectiva. Si la expedición del certificado no es procedente dentro del mismo término devolverán la documentación indicando por escrito las razones para ello.
>
> PARAGRAFO 2: En las unidades Administrativas Especiales y en los Fondos, las funciones de que trata el Artículo los (sic) ejercerán los funcionarios responsables de los trámites presupuestales".

Y el numeral 5º del artículo 552 del Código Fiscal Departamental, dice:

"Respecto del control presupuestal son obligaciones del Contralor General del Departamento directamente o por sus delegados:

1)...

2)...

3)...

4)...

5) Constituir y certificar las reservas de las apropiaciones para amparar obligaciones contractuales como requisito previo para el registro fiscal del contrato".

De la comparación de las dos normas fluye, con claridad meridiana, que la primera viola la última no sólo por contravenir el Código Fiscal expedido por medio del Decreto Ordenanzal 00324 de 1990, norma de superior jerarquía a la expedida por el Señor Gobernador del Departamento mediante el Decreto 000459 demandado, sino también, por reglamentar procedimientos de control que de conformidad con el inciso 2º del artículo 267 de la Constitución vigente establecerá la ley.

El artículo 5º del Decreto impugnado, dice:

"APROBACION DE FIANZAS. En desarrollo de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 258 del Código Fiscal del Departamento, la aprobación de las fianzas estará a cargo de la entidad contratante que expedirá la respectiva Resolución. En el caso de los contratos del Departamento la aprobación corresponde al Secretario del despecho o Jefe del Departamento Administrativo de la Unidad Especial respectiva.

La aprobación de las fianzas se hará constar mediante sello que se colocará en la parte posterior de la póliza respectiva. El funcionario deberá aprobar o rechazar las fianzas durante las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo de ellas en la dependencia. En el evento de rechazo, éste se hará constar por escrito indicando los motivos de la decisión. La aprobación de la fianza requiere la revisión previa de sus aspectos legales por parte de la Oficina Jurídica, que realizará dentro de las cuatro (4) horas hábiles siguientes a su recibo.

Los originales de las garantías o fianzas constituidas y debidamente aprobadas se archivarán y estarán bajo la custodia y control del Secretario del Despacho, Jefe del Departamento Administrativo o de la Unidad Administrativa respectiva".

Por su parte el artículo 603 del Código Fiscal Departamental, preceptúa:

"DEL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS:

Para efectos fiscales los contratos administrativos suscritos por las entidades sujetas a control fiscal quedarán perfeccionados con la resolución aprobatoria de las garantías dictadas por la Contraloría General del Departamento".

Se observa, sin mayor esfuerzo, que el artículo 5º del Decreto demandado viola de manera ostensible el artículo 603 transcrito. En esta última norma, los contratos se perfeccionan con el acto administrativo de la Contraloría que aprueba las garantías o fianzas, en tanto que en el acto acusado la aprobación corre por cuenta de la entidad pública contratante. Es decir, que como en el caso anterior, el artículo 5º se insubordinó al ordenamiento jurídico: el 603 del Código Fiscal del Departamento del Atlántico que tiene mayor jerarquía y valor jurídico, siendo ostensible su infracción.

El artículo 6º del Decreto 000459 de 1991, dice:

"CONTROL SOBRE LA SUFICIENCIA Y EFECTIVIDAD DE LAS GARANTIAS. Sin perjuicio de las funciones y obligaciones del Interventor, en los contratos en que éste se requiera, la Secretaría, Departamento Administrativo o Unidad Administrativa encargada de llevar el control sobre la suficiencia y efectividad de la garantías, así como de solicitar su ampliación o renovación cuando esto se requiera y de iniciar los trámites para hacerlas efectivas cuando sea del caso.

PARAGRAFO. Además del control a que se refiere este artículo, la Secretaria General ejercerá el control interno sobre las garantías, dirigido a precaver que estén vigentes durante el tiempo necesario y para que se solicite su ampliación y renovación cuando se requiera, y se hagan efectivas si es el caso".

Y el artículo 586 del Código Fiscal, dice:

"FIJACION DE LA GARANTIA:

Corresponde exclusivamente a la Contraloría fijar la cuantía de las garantías, autorizarlas, aprobarlas si las encontrare en orden, vigilar su vencimiento, exigir la renovación cuando fuere el caso, y pedir su cancelación cuando se compruebe el incumplimiento de las obligaciones contraídas".

Es evidente que la primera de las normas señaladas vulnera manifiestamente la última. Mientras en la de mayor jerarquía se asignan a la

Contraloría funciones precisas sobre la fijación del monto de las garantías, aprobación y la vigilancia de su vigencia, en la de menor, se le asigna esa labor a la dependencia administrativa de la entidad pública. Son válidos, pues, los mismos argumentos utilizados al analizar el artículo anteriormente señalado. Además, los artículos 4º, 5º y 6º del Decreto censurado no sólo infringen manifiestamente las normas superiores examinadas sino que repelen a una concepción antiautárquica del poder, pues es extraña a nuestra tradición jurídica institucional que el gobernante fije las pautas del control que sobre su gestión habrán de hacer los organismos fiscalizadores. Si bien es cierto, la Constitución Política estatuye una nueva forma de control fiscal, también lo es, que su reglamentación corresponde a la ley y no a un acto administrativo emanado del funcionario cuya administración debe ser controlada y vigilada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

II. 1.- Como motivos de disentimiento con el punto II. 1 de la resolutiva del auto apelado, la señora apoderada del Departamento del Atlántico, manifiesta, principalmente, lo siguiente:

Olvidó el Tribunal analizar si las normas presuntamente violadas estaban vigentes, si podían haber sido derogadas por una norma de superior jerarquía, o si habiendo sido expedida hace pocos meses una nueva Constitución, pudieron haber sido derogadas por ella.

El artículo 267 de la Constitución de 1991 dispuso claramente que el control fiscal que ejercen las Contralorías se hará en forma posterior y selectiva y que la Contraloría se hará en forma posterior y selectiva y que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

Los artículos 552 numeral 5º, 603 y 586 del Código Fiscal Departamental ubican en cabeza de la Contraloría Departamental funciones administrativas que deben ser atendidas por la administración central, esto es, la Gobernación del Departamento del Atlántico.

Dichas normas contravienen abiertamente el último inciso del artículo 267 de la Constitución vigente por cuya razón fueron derogados al ser expedida la misma, conforme se desprende del artículo 9º de la Ley 153 de 1887. Iguales argumentos podrían predicarse frente al quebrantamiento del artículo 272 de la norma constitucional por parte de los mencionados artículos del Código Fiscal que dieron origen a la suspensión provisional.

El control posterior consiste en la comprobación de si las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades sujetas a él, se ajustan a las normas, leyes, procedimientos y reglamentaciones establecidas. Por lo que no le es dable a la Contraloría participar en los procesos administrativos que son

inherentes al ejercicio mismo de la función pública radicada en cabeza del Ejecutivo.

No es necesario para ejercer el control interno, esperar la reglamentación del artículo 267 de la Constitución Nacional, toda vez que ella se va a dirigir al control posterior que debe ejercer la Contraloría, lo que no afecta el estatuto de contratación administrativa vigente, no derogado por la nueva Constitución.

II. 2.- El señor Marco Antonio Fonseca Ramos, en su condición de tercero impugnante, para solicitar la revocatoria del punto II. 1. de la resolutiva del auto recurrido, aduce similares argumentos a los esgrimidos por la señora apoderada del Departamento del Atlántico y son, en esencia, los siguientes:

Los artículos 267 y 272 de la Constitución Nacional establecen que el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República y las contralorías de los departamentos, distritos y municipios; que éste se ejerce en forma posterior y selectiva y que las entidades públicas encargadas del mismo tendrán funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, razón por la cual no podrán intervenir en la formación, elaboración y perfeccionamiento de los actos y contratos que corresponda expedir y celebrar a otras entidades administrativas, concretamente a aquellas sujetas a su control fiscal.

Cuando una norma jurídica de inferior categoría, en este caso el Código Fiscal del Departamento del Atlántico en sus artículos 552 numeral 5°, 586 y 603, atribuye a las contralorías nacional, departamental, distrital o municipal, facultades para inmiscuirse, participar, coparticipar o condicionar la validez, vigencia o perfeccionamiento de actos o contratos propios de las entidades controladas a decisiones o actos de la propia Contraloría, es abiertamente incompatible con el espíritu del artículo 267 de la Constitución Nacional, por cuya razón, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 153 de 1887, debe ser desechada.

Las prohibiciones implícitas en los artículos 267 y 272 de la Constitución Nacional son de aplicación general inmediata y mientras el Congreso legisla sobre el control posterior y selectivo las Contralorías adecuarán sus actuaciones a las normas que por no ser contrarias a la Carta continúan vigentes.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al estudiar los argumentos esgrimidos tanto por la parte demandada como por el tercero impugnante, la Sala considera que no son atendibles, por las siguientes razones:

Confrontando el texto del artículo 4o acusado, mediante el cual se establecen distintos requisitos respecto del certificado de reserva presupuestal

y del perfeccionamiento del contrato, con el numeral 5° del artículo 552 del Código Fiscal del Departamento del Atlántico, que señala, entre otras obligaciones del Contralor General del Departamento, la de "... Constituir y certificar las reservas de las apropiaciones para amparar obligaciones contractuales como requisito previo para el registro fiscal del contrato", surge de manera palmaria el quebrantamiento por la norma demandada de la norma superior invocada, toda vez que la primera establece y reglamenta medidas de procedimiento y control en materia fiscal, cuya regulación, según el inciso 2° del artículo 267 de la Constitución Nacional, lo establecerá la ley, no pudiendo, en consecuencia, hacerse a través de un decreto departamental, como se hizo en el evento *sub-examine.*

Así mismo, el artículo 5° demandado al disponer que en el caso de los contratos del Departamento la aprobación de las fianzas corresponde al Secretario del Despacho o Jefe del Departamento Administrativo de la Unidad Especial respectiva, resulta abierta y flagrante contradicción con lo preceptuado en el artículo 603 del Código Fiscal mencionado, el cual determina que los contratos administrativos suscritos por entidades sujetas a control fiscal quedarán perfeccionados con la Resolución aprobatoria de las garantías dictada por la Contraloría General del Departamento, toda vez que se arroga una competencia que se encuentra radicada en cabeza del ente fiscalizador.

Respecto del artículo 6° del Decreto enjuiciado en cuanto establece que el control sobre la suficiencia y efectividad de las garantías contractuales, la solicitud de su ampliación o renovación cuando ello se requiera, su vigencia y hasta hacerlas efectivas, corresponde a las dependencias administrativas ya mencionadas, se infiere igualmente y sin ningún esfuerzo mental, la ostensible violación del artículo 586 del Código Fiscal en mención dado que dicho estatuto ordena que "Corresponde exclusivamente a la Contraloría fijar la cuantía de las garantías, autorizarlas, aprobarlas si las encontrare en orden, vigilar su vencimiento, exigir la renovación cuando fuere el caso, y pedir su cancelación cuando se compruebe el incumplimiento de las obligaciones contraídas". Tal función, asignada con carácter exclusivo por norma superior -el Código Fiscal- no puede ser trasladada mediante un acto del Gobernador a una dependencia de la Administración Departamental.

En cuanto a la manifestación de la parte recurrente en el sentido de que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política los artículos 552, 586 y 603 del Código Fiscal del Departamento del Atlántico fueron derogados por el artículo 267 y 272 de la misma arguyendo que en ellos sólo se atribuyen funciones administrativas inherentes a su organización a la Contraloría del Departamento, y que la norma constitucional consagró que el control fiscal ejercido por la Contraloría será en forma posterior y selectiva, si bien es cierto que el canon constitucional estatuye una nueva forma de control fiscal, también lo es, que en él se establece que el mismo se ejercerá conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, lo que no es

dable que se cumpla a través de un acto administrativo del orden departamental, como se pretende en el caso que ocupa la atención de la Sala.

Valga, por último resaltar, que las normas señaladas como fundamento del acto acusado, en su encabezamiento: los artículos 305 numeral 1° de la Carta y 95 numeral 19 de C.R.D., en manera alguna autorizan al Gobernador para expedir normas como las acusadas.

Las anteriores consideraciones justifican que se mantenga en firme el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Se confirma el auto apelado.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día trece (13) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

EXAMENES PREPARATORIOS/ EDUCACION SUPERIOR

Al confrontar el precepto del artículo 23 del Decreto 1221 de 1990 con el aparte de la norma acusada se advierte lo siguiente: mientras el primero autoriza presentar los exámenes preparatorios una vez se hayan aprobado las materias de la respectiva rama que son: Público, Penal, Laboral y Privado, sin consideración del año o período de la carrera que se esté cursando y sin importar que se hayan aprobado las materias de los cursos inferiores: el segundo, por su parte, supedita la presentación de los exámenes preparatorios a dos condiciones, no contempladas en el precepto superior: que se haga en último período de la carrera y que no se tengan materias pendientes de cursos inferiores. Además, mientras el artículo 23 citado no señala limite numérico para la presentación de exámenes preparatorios, aquella -la norma demandada- sí lo hace al fijar el máximo de tres. DECRETA LA NULIDAD del Acuerdo No. 001 de abril 26 de 1991, expedido por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca "Por el cual se expide el Reglamento de exámenes preparatorios de grado", en las siguientes partes: a) La expresión del artículo 4°. "... y a partir del último período de la carrera, siempre y cuando no se tengan materias pendientes de cursos inferiores", y b) El parágrafo 1o. del mencionado artículo, que dice: "Los estudiantes que cursen el último período académico podrán presentar máximo tres (3) preparatorios".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 1882 . Actor: Henry Ruiz Tose. Acción: Nulidad

El ciudadano y abogado HENRY RUIZ TOSE, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación a fin de que se decrete la nulidad del Acuerdo 001 de 26 de Abril de 1991, expedido por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca. "Por el cual se expide el Reglamento de exámenes preparatorios de grado.", en las siguientes partes: a) La expresión del artículo 4o. "... y a partir del último período de la carrera, siempre y cuando no se tengan materias pendientes de cursos inferiores."; y b) El parágrafo 1o. del mencionado artículo, que dice: "los estudiantes que cursen el último período académico podrán presentar máximo tres (3) preparatorios.".

I.- CAUSA PETENDI

Para impretrar la violación de las partes antes mencionadas del Acuerdo acusado el demandante arguyó lo siguiente:

1o) Violación del artículo 23 del Decreto Nacional 1221 de 1990.

Para fundamentar este cargo se aduce en la demanda lo siguiente: El Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca se ha extralimitado al expedir el Acuerdo 001 al sancionar limitaciones para la presentación de preparatorios de grado: "... y a partir del último período de la carrera, siempre y cuando no se tengan materias pendientes en cursos inferiores", restricciones que no figuran en el texto del artículo 23 del Decreto 1221 de 1990, cuyo contenido diáfano expresa: "Se podrán presentar los exámenes preparatorios una vez aprobadas las materias que integran la respectiva rama". La única condición que establece la disposición legal consiste en que las respectivas materias hayan sido aprobadas para proceder a la presentación del respectivo preparatorio. Al establecer el Consejo de la Facultad la limitación de presentar los preparatorios en el último año de la carrera, o sea, en el quinto año, se está arrogando una función colegisladora, ajena a la potestad reglamentaria, como ya se ha dicho. Igual razonamiento se podría formular para el impedimento contemplado en el parágrafo 1o, del artículo 4o. del Acuerdo 001. La citada autoridad universitaria ha ejercido una competencia que no le corresponde ni legal, ni doctrinariamente, lo cual constituye excederse en el ejercicio de funciones, según el artículo 6o. de la Constitución Nacional vigente.

Las decisiones adoptadas por las autoridades universitarias, deben considerarse como actividad administrativa. En el presente caso el acto

demandado debe tenerse como un acto administrativo, como específicamente lo dispone el artículo 127 del Decreto 80 de 1980. Como actos administrativos que son las decisiones de las autoridades universitarias, están sujetos a todos los mecanismos legales de control, entre otros, la vía gubernativa, la revocación directa, y la vía de acción ante la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa.

2o) Violación de los artículos 45, 68 y 69 de la Constitución Política.

Además el acto administrativo impugnado, es contrario a los principios de participación de los jóvenes y los estudiantes, recogidos, entre otras disposiciones, por los artículos 45, 68 y 69 de la Constitución Política, en el sentido que no se realizó un consenso amplio, en donde se hubiese tenido en cuenta a los estamentos estudiantiles y profesorales.

II.- TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

La Universidad del Cauca se hizo parte en el proceso por medio de apoderada, la cual contestó extemporáneamente la demanda, razón por la cual no fue considerado su escrito en auto de 25 de Mayo del presente año.

En la etapa de alegaciones tanto la parte actora como la demandada omitieron hacer uso del traslado.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El Acuerdo 001 de 26 de Abril de 1991, que contiene las normas acusadas, fue expedido por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, entidad ésta que es un establecimiento público del orden nacional, con la finalidad de reglamentar los exámenes preparatorios de grado.

2.- El citado Consejo, a la luz de los artículos 66 y 68 del Decreto 80 de 1980, en concordancia con los artículos 38 y 42 del Decreto 1679 de 1981 (Estatuto General de la Universidad del Cauca), es un organismo con capacidad decisoria en los asuntos académicos.

3.- El Acuerdo 001 de 26 Abril de 1991, dada la materia sobre la cual versa, es un acto administrativo de carácter general, que tiene su fundamento legal en las normas antes enunciadas y en los artículos 127 del Decreto 80 de 1980, 52 y 53 del Decreto 1679 de 1981.

4.- Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a analizar el primer cargo de violación que se plantea en la demanda así:

El Decreto 1221 de 1990, contentivo del artículo 23 cuya violación se invoca, señala los requisitos que deben reunir para su creación y funcionamiento los programas de Derecho de las Universidades Públicas y Privadas del país, exceptuada la Universidad Nacional, que tiene un régimen jurídico especial.

El expresado artículo 23, en su inciso 1o., es del siguiente tenor:

"Se podrán presentar los exámenes preparatorios una vez aprobadas las materias que integran la respectiva rama".

El artículo 4o. del Acuerdo 001 de 1991, por su parte, dispone:

"Se podrán presentar los exámenes preparatorios de grado una vez se hayan aprobado las materias que integran la rama respectiva y *a partir del último período de la carrera siempre y cuando no se tengan materias pendientes de cursos inferiores*". (Lo subrayado es lo acusado).

Al confrontar el precepto superior con el aparte del artículo acusado se advierte lo siguiente: mientras el primero autoriza presentar los exámenes preparatorios una vez se hayan aprobado las materias de la respectiva rama, que son, según el artículo 22 del mismo Decreto, 4: Público, Penal, Laboral y Privado, sin consideración al año o período de la carrera que se esté cursando y sin importar que se hayan aprobado las materias de los cursos inferiores; el segundo, por su parte, supedita la presentación de los exámenes preparatorios a dos condiciones, no contempladas en el precepto superior: que se haga en el último período de la carrera y que no se tengan materias pendientes de cursos inferiores. Es decir, que el aparte demandado adiciona el precepto superior, desbordándolo y transgrediéndolo así.

La otra norma acusada, el parágrafo 1o. del artículo 4o., es del siguiente tenor.

"Los estudiantes que cursen el último período académico, podrán presentar máximo tres (3) preparatorios.".

Esta norma también resulta contraviniendo la preceptiva del artículo 23 del Decreto 1221 de 1990, pues mientras éste no señala límite numérico para la presentación de exámenes preparatorios, aquélla sí lo hace al fijar un máximo de tres.

El análisis precedente permite a la Sala llegar a la conclusión que las normas acusadas transgreden el artículo 23 del Decreto 1221 de 1990 y es ella una razón potísima para decretar su nulidad.

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 declara la nulidad del Acuerdo 001 de 26 de Abril de 1991, expedido por el Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca "Por el cual se expide el Reglamento de exámenes preparatorios de grado.", en las siguientes partes: a): La expresión del artículo 4o. "... y a partir del último período de la carrera, siempre y cuando no se tengan materias pendientes de cursos inferiores."; y b): El parágrafo 1o. del mencionado artículo, que dice: "Los estudiantes que cursen el último período académico podrán presentar máximo tres (3) preparatorios.".

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día trece 13 de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ COMPETENCIA POR CUANTIA/COMPETENCIA FUNCIONAL/ DEMANDA-Requisitos/ **CUANTIA**-Determinación/ **PRETENSIONES/ JURISDICCION ROGADA**

La cuantía de una contención, administrativa, civil o laboral siempre dependerá de "las pretensiones de la demanda" entendiendo por tales, en síntesis, lo que se pide expresamente por el demandante en su memoria o libelo de demanda que se declare por el juez en relación con el otro sujeto procesal de la acción. De acuerdo con ello si no hay pretensión alguna de carácter económico que se formule por el demandante respecto del demandado, el asunto es claro que carece de cuantía para efectos de la determinación de restablecimiento del derecho. Los derechos que solamente miran el interés particular de determinada persona, salvo norma expresa en contrario, son renunciables con todas las consecuencias que se derivan de ella. Finalmente, esta es una jurisdicción rogada, lo que impide que el juez pueda falla extra o *ultra-petita*, o que pueda buscar que el actor pretenda condenas económicas que no quiere el demandante o por perjuicios que él mismo considera que no se dieron en una magnitud tal, que llevan a la doble instancia con resultados económicos no compensados con la demora en la decisión definitiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº.1746. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: Germán González Regalado.

La señora Procuradora Delegada ante la Sección Primera de esta Corporación, con motivo del traslado que se le corrió para que rindiera su concepto de rigor sobre las pretensiones de la demanda, solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia y su remisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que considera es la competente para conocer de la acción contenciosa, en razón de que, según ella, no se está en presencia de una acción de nulidad y restablecimiento de derecho contra actos administrativos del orden nacional que CAREZCA de cuantía.

Considera la Agente del Ministerio Público que el actor, en varias oportunidades, aduce que los actos acusados han afectado su patrimonio económico, al separarlo de sus bienes y haberes con los cuales atendía a su subsistencia y a la de su familia, lo que implica que la acción de restablecimiento tiene cuantía determinada o determinable, que ha debido estimarse en la demanda para determinar la competencia, como lo ordena el ordinal 6º del art. 137 del C.C.A., y como lo ha sostenido esta Sección en diversas ocasiones, entre otras, en la providencia de 30 de abril de 1991, dictada con ponencia del suscrito Consejero de Estado.

Por su parte, el actor en escrito de 13 de los corrientes, solicita no se acceda a lo pedido por la señora Procuradora, por cuanto en la demanda no se solicita indemnización alguna de perjuicios, y siendo ésta una jurisdicción rogada, no le es dado al juzgador sustituir esa voluntad del demandante.

Para decidir, se considera:

I. Efectivamente, ha sido el criterio unánime de los integrantes de esta Sección, el expresado en la providencia de 30 de abril de 1991, actor: Cooperativa Integral de Transportadores Omega Ltda., ponente Miguel González Rodríguez, según el cual si el acto administrativo acusado ha originado o causado unos perjuicios, una disminución o mengua del patrimonio material o moral de determinada persona o personas, susceptibles de ser determinados o cuantificados, a los cuales de alguna manera se refiera el accionante, así no se solicite expresamente la condena de pago de ellos, el proceso tiene cuantía que determinará la competencia del juez administrativo, cuestión de orden público, que por ello no se puede eludir.

II. Pero también lo es, que recientemente el Consejero que elabora y expide la presente providencia se ha separado de dicha concepción jurisprudencial, por las consideraciones que se expresarán más adelante y que servirán de fundamento a este proveído.

III. También es cierto que, en el presente caso, la parte actora se ha referido a que su patrimonio económico se ha visto afectado por razón de la expedición de los actos acusados, y que, no obstante ello, ni determina cuantía, en la forma señalada en la ley procesal, ni formula pretensión alguna para que se le indemnicen eventuales perjuicios económicos o morales que se le hayan causado.

IV. Para esta Sala Unitaria, según lo antes expresado, no se configura la causal de nulidad procesal invocada por la señora Agente del Ministerio Público, siguiendo la jurisprudencia de la Sección a que antes se ha hecho referencia, por cuanto:

a) La cuantía de una controversia o contención que se plantea ante un juez de cualquier clase o naturaleza, se determina, en algunos casos, en la forma prescrita en el numeral 1º del artículo 20 del C. de P.C., aplicable por remisión al juicio ordinario contencioso administrativo, o sea, por el VALOR DE LAS PRETENSIONES AL TIEMPO DE LA DEMANDA, sin tomar en cuenta frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella, norma que en lo contencioso administrativo se aplica especialmente a los juicios de reparación directa, de naturaleza contractual administrativa y en los de nulidad y restablecimiento del derecho, por ejemplo.

En otros casos de la competencia de esta jurisdicción, como por ejemplo, en los procesos de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, la cuantía se determina por el valor de los sueldos, salarios o prestaciones sociales *reclamados* o la suma de los *derechos demandados*, correspondientes a un período preciso o determinado, o por "lo que *se pretenda según la demanda*", desde cuando se causaron las prestaciones periódicas de término indefinido, hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres años (arts. 131-6 y 132-6 del C.C.A.).

Es decir, que la cuantía de una contención, administrativa, civil o laboral, siempre dependerá de "las pretensiones de la demanda", entendida por tales, según los diferentes procesalistas: "la petición en concreto que se hace en la demanda" (Hernán Fabio López B.); "la declaración de voluntad con carácter petitorio" (Herndo Morales M.); "la declaración que solicita al demandante que se haga" (Jairo Parra Quijano); "La declaración con fuerza de cosa juzgada de una consecuencia jurídica y caracterizada por la solicitud presentada" (Loo Rosemberg) etc; en síntesis, lo que se pide expresamente por el demandante en su memoria o libelo de demanda que se declare por el juez en relación con el otro sujeto procesal de la acción.

De acuerdo con ello, considera esta Sala que si no hay pretensión alguna de carácter económico que se formule por el demandante respecto del demandado, el asunto es claro que carece de cuantía para efectos de la

determinación de la competencia, en especial para estos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

b) Los derechos que solamente miran al interés particular de determinada persona, salvo norma expresa en contrario, son renunciables con todas las consecuencias que se derivan de ella; por consiguiente, no puede el juez, en este caso el juez contencioso-administrativo, impedirle a la parte actora que renuncie a una indemnización de perjuicios o desista de ella, pues ninguna norma se buscaría, si siquiera la relativa al derecho a la doble instancia en los procesos, por cuanto los hay, y no pocos, de una sola instancia, por consideraciones diversas. Ni tampoco le es dado al juez, exigirle al actor que busque o encuentre daños o perjuicios, en todo caso, para hacerlos valer ante la jurisdicción y con ello cumplir con el principio - que tiene sus excepciones- de que las personas tienen derecho a una doble instancia. Por lo demás, los juicios contenciosos contra la Nación y sus entes descentralizados, salvo el relativo a impuestos, hasta hace unos 28 años, eran de la competencia exclusiva de esta Corporación que era el juez de la Nación, y todo lo que vino después, a partir de la reforma judicial de 1964, que implicó trasladar algunos asuntos de carácter nacional a los tribunales administrativos seccionales, en única o en primera instancia, según la cuantía, no tuvo otra razón de ser que la de buscar una desconcertación - no la descentralización como algunos erróneamente lo expresan - del servicio de justicia.

c) Finalmente, como lo observa el demandante, está es una jurisdicción rogada, lo que impide que el juez pueda fallar extra o *ultra-petita*, o que pueda, de alguna manera, especialmente a través de mecanismos como la inadmisión o el rechazo de la demanda o el de determinación de la competencia en otro órgano de la jurisdicción, buscar que el actor pretenda condenas económicas que no quiere el demandante o por perjuicios que él mismo no considera que se dieron en una magnitud tal, que lleven a la doble instancia con resultados económicos no compensados con la demora en la decisión definitiva del asunto en la Sección correspondiente de esta Corporación máxima de la jurisdicción.

Por lo anterior, la Sala Unitaria considera no configurada la nulidad planteada por la agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria, RESUELVE: No declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia vuelva el negocio al Despacho para decidir la contención .

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

NULIDAD PROCESAL-Improcedencia/ **NULIDAD PROCESAL**-Oportunidad.

El actor hizo presencia durante todo el litigio sin que en ninguna de sus instancias hubiera alegado la nulidad llegando, inclusive, a presentar alegatos de conclusión sin hacer alusión en lo más mínimo a la tacha que ahora tan enfáticamente manifiesta. Esto sin que la Sala entre a considerar si la nulidad fue o no saneada con dicha actitud de condescendencia. Pero destacando sí, que siempre tuvo la oportunidad de hacerlo. La actuación posterior a la sentencia no es tampoco procedente en este caso, puesto que ella está condicionada a que las nulidades hubiesen ocurrido en la misma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1320 (825) Autoridades Nacionales. Actor: Jack Ghitis Alfandary.

El actor en el proceso de la referencia ha interpuesto recurso de súplica contra el auto de julio 3 de 1992, por medio del cual el Consejero Ponente, Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, deniega la solicitud de nulidad formulada por la parte demandante.

OBJETO DEL RECURSO

El recurrente solicita:

"1o. Que se revoque el auto de fecha 3 de julio de 1992, por medio del cual se deniega la solicitud de nulidad de todo lo actuado, incluyendo la sentencia de fecha 9 de abril de 1992, a partir del momento procesal en que se surgió la obligación legal de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena con sede en Quito, Ecuador, de los artículos 66 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 84 de la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, nulidad que fue solicitada por la parte actora.

"2o. Que en su lugar se decrete la nulidad de todo lo actuado, incluyendo la sentencia de fecha abril 9 de 1992, a partir del momento procesal en que nació la obligación legal de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena".

EL AUTO RECURRIDO

Es el proferido por el Consejero Ponente en el proceso de la referencia, de 3 de julio de 1992, constante a folio 312 del expediente en el cual se deniega la solicitud de nulidad formulada por la parte actora.

Analiza el proveído en cuestión la solicitud de nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, esto es, el no haberse solicitado la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y considera que la petición no está llamada a prosperar ya que las mismas normas del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, "limitan la necesidad de acudir a dicha instancia jurisdiccional a los casos en que tales proceso (sic) deba aplicarse alguna norma comunitaria".

Considera el Magistrado que, sin perjuicio de lo anterior, "en el hipotético caso en que efectivamente se hubieren dado los elementos necesarios para la configuración de la causal de nulidad, aunque el solicitante no precisa, no podría ser otra que la consagrada en el numeral 5, del artículo 140 del C. de P. C., ella fue saneada por la parte que la aduce, como quiera que actuó durante todo el litigio sin alegarla, sin hacer reparo a la actuación procesal, hasta tal punto que presentó sus correspondientes alegatos de conclusión".

LA SALA CONSIDERA:

Inútil desde todo punto de vista sería intentar un análisis de las posiciones jurídicas expuestas por el recurrente cuando entra a rebatir la motivación y la decisión del auto recurrido.

La anterior proposición asertiva, se explica con la sola lectura del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil que regula la oportunidad y el trámite de las nulidades, concretamente de su primer inciso que dice:

> "Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta, si ocurrieron en ella".

En el caso *sub-iuris*, como bien lo anotó el Magistrado cuya providencia se examina, el actor hizo presencia durante todo el litigio sin que en ninguna de sus instancias hubiera alegado la nulidad llegando, inclusive, a presentar alegatos de conclusión sin hacer alusión en lo más mínimo a la tacha que ahora tan enfáticamente manifiesta. Esto, sin que la Sala entre a considerar si la nulidad fue o no saneada con dicha actitud de condescendencia. Pero destacando sí, que siempre tuvo la oportunidad de hacerlo. La actuación posterior a la sentencia no es tampoco procedente en este caso, puesto que ella está condicionada a que las nulidades hubiesen ocurrido en la misma.

Además para el caso específico de la nulidad prevista en el numeral 5º. del artículo 140 del C. de P. C., el artículo 143 del mismo Código, prescribe lo siguiente:

> "Requisitos para alegar la nulidad. No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien no la alegó como excepción previa, habiendo tenido oportunidad para hacerlo.
>
> "...".

El profesor Hernando Devis Echandía, al examinar la oportunidad para alegar las nulidades, manifiesta:

> "Como regla general, las nulidades ocurridas en el trámite de las instancias deben alegarse durante ellas, antes de que se dicten las sentencias, y en casación (artículo 142) siempre que no se hubieren saneado implícitamente por no alegarse tan pronto como se tenga oportunidad o expresamente de conformidad con los artículos 142 a 145 y 368 numeral 5. La falta de formalidades para el remate, debe alegarse antes de dictarse el auto que lo apruebe (artículo 141, numeral 2). Las nulidades ocurridas en la primera instancia, si no se han saneado, pueden reclamarse en la segunda instancia.
>
> "Como una excepción se permite, sin embargo, alegar nulidades del proceso, después de la sentencia, en recurso extraordinario de revisión o como excepción cuando se le vaya a ejecutar o durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339 para el cumplimiento de la sentencia, en tres casos:

"a) Cuando la pide la parte que no estuvo debidamente representada;

"b) Cuando la pide la parte que no fue debidamente citada al proceso;

"c) Cuando la nulidad ocurra en la sentencia definitiva no susceptible de recurso (artículo 142 y 380 numeral 7).

"Esto es lógico, porque en esas tres hipótesis no se tuvo la oportunidad para pedirla en el proceso (146). Si la sentencia viciada de nulidad por sí misma, tenía recurso de apelación o casación, pero la parte perjudicada no dispuso de oportunidad para interponerlo porque el proceso estaba legalmente concluido o suspendido y dicha parte no tenía por tanto la carga procesal de vigilarlo, debe admitirse también que alegue la nulidad. *En cambio, se justifica que no se permita exigir la nulidad del proceso en ocasión posterior, a quien tuvo la oportunidad de reclamarla allí; pero se trata de nulidades ocurridas antes de la sentencia que puso término al proceso o en aquella, y no de las que ocurran después de ella, pues éstas también se podrán alegar en el mismo expediente ante el mismo juez...*". (Hernando Devis Echandía, El Proceso Civil Parte General, 1990, págs. 251-252). (Subraya la Sala).

No habrá nada entonces qué agregar a lo dicho por el tratadista, sintetizando él, como bien se ve por lo transcrito, un criterio que la Sala comparte a plenitud.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

NO REVOCAR el auto objeto de la súplica.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Despacho del Consejero Ponente. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada en la fecha.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Yesid Rojas Serrano.*

REGISTRO DE MARCA/ MARCA NOMINATIVA/ REGISTRO SANITARIO

A pesar de que haya radicales, prefijos y sufijos de uso común, no significa que cuando ellos se organicen y compongan de tal manera que se presten a situaciones de confundibilidad, se deba conceder el registro de la marca, porque, el derecho de usarlos no excluye la necesidad de evitar la confusión entre las marcas y entre los productos. A primera vista la marca registrada y la que se pretende registrar, por este aspecto, es decir, por el visual, ofrece confusión entre las mismas, dado el número de letras de cada una de ellas (9 y 8 respectivamente) y la secuencia y orden de disposición en que se encuentran. Desde el punto de vista fonético, los fonemas TIN frente a TIN y DA frente a DA, son idénticos: la diferencia entre los sufijos ZEB y MEB, es imperceptible. Estos factores de similitud se refuerzan al considerar que la aplicación o efecto útil de ambos productos es el de ser destinados específicamente a combatir la misma enfermedad: la amebiasis. Hay que señalar además, que no es lo mismo el registro de la marca del producto que su registro sanitario, aunque guardan entre sí una estrecha relación, por cuanto el primero faculta al fabricante para utilizar la marca, y el segundo para fabricar el producto a que se refiere la marca. De la estrecha relación entre el registro marcario y el registro sanitario no se puede, pues, deducir, que el derecho sobre una marca se obtenga por la adquisición del derecho de fabricar el producto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1510. Actor: Laboratorios Higea de Colombia Ltda.

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 Laboratorios Higea de Colombia Ltda. contra las Resoluciones números 001015 de 16 de febrero de 1988 y 969 de 8 de mayo de 1990, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.- ANTECEDENTES

a.- La actora, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Sociedad Laboratorios Higea de Colombia Ltda., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante esta Corporación, el 16 de julio de 1990, la nulidad de las Resoluciones 001015 de 16 de febrero de 1988, expedida por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, y 969 de 8 de mayo de 1990, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, y el restablecimiento del derecho violado con dichos actos, el cual se traduce en la siguiente petición adicional a la de nulidad (fls. 20 y 21):

Que se registre la marca TINDAZEB a favor de la citada sociedad demandante, para distinguir productos de los comprendidos en la clase 5ª. de que trata el Decreto 755 de 1972.

b.- Los actos acusados (fls. 2 a 7, 106 a 108 y 136 a 138).

Son las citadas Resoluciones, en virtud de las cuales, por la número 001015 de 1988 la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio declaró fundada la oposición de Laboratorios Chalver de Colombia Ltda. contra el registro del nombre o marca TINDAZEB solicitado por Laboratorios Higea de Colombia Ltda., y por la número 969 de 1990 se revoca la Resolución No. 004703 de 10 de junio de 1988 que a su vez había revocado aquélla.

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls 21 a 25):

Mediante Resolución de 5 de mayo de 1982, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercios ordenó inscribir en los libros de propiedad industrial la marca TINIDAMEB a favor de la sociedad Laboratorios Chalver de Colombia Ltda., nombre que según el certificado de registro No. 98.812 expedido por la entidad administrativa en referencia, "se emplea para distinguir productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos".

Como resultado de la precitada resolución y certificado de registro mencionado, la misma entidad procedió a registrar el nombre o marca referido a favor de Laboratorios Chalver de Colombia Ltda.

Laboratorios Higea de Colombia Ltda. solicitó el 1º. de julio de 1983 a la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca TINDAZEB para distinguir productos de los comprendidos en la clase 5ª. de que trata el Decreto 755 de 1972, solicitud que fue aceptada por la División de Propiedad Industrial de la mencionada Superintendencia por auto de 4 de febrero de 1989.

Ejecutoriado el auto admisorio de la referida solicitud y publicado el extracto en la Gaceta de Propiedad Industrial, Laboratorios Chalver de Colombia Ltda., formuló oposición al registro de la marca TINDAZEB con fundamento en el certificado de registro No. 98.812 contentivo de la expresión TINIDAMEB, por considerar que estando ambas marcas destinadas a identificar productos de "igual naturaleza o destino", son susceptibles de inducir a error a los usuarios.

No obstante la inconsistencia de los argumentos de la oposición, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio la declaró fundada y, en consecuencia, negó el registro de la marca TINDAZEB, "sin distintivos especiales, para distinguir productos de la clase 5ª. del Decreto 755 de 1972".

Contra la resolución que declara fundada la oposición, se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación mediante memorial de 8 de marzo de 1988.

La división de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió la reposición interpuesta revocando la Resolución 001015 de 16 de febrero de 1988, en sus articulo 1º. y 2º., y concedió el registro de la marca TINDAZEB a favor de la sociedad Laboratorios Higea de Colombia Ltda.

A su turno la sociedad opositora Laboratorios Chalver de Colombia Ltda., en memorial de 25 de julio de 1988, interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 004703 de 10 de junio de 1988 que había revocado

la 001015 de 16 de febrero del mismo año, recurso que fue resuelto por el titular de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No. 969 de 8 de mayo de 1990, notificada personalmente a las partes los días 29 y 31 de mayo de dicho año, y por la cual decidió REVOCAR en todas sus partes la Resolución 004703 de 10 de junio de 1988, precitada, disponiendo además que se entendía que la Resolución 001015 de 1988 se encontraba en firme, razón por la cual quedó agotada la vía gubernativa.

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

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda (fls. 25 a 29):

Primer cargo: Violación del inciso 1º. del artículo 584 del Código de Comercio e inciso 1º. del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886. En ejercicio del derecho que a todo comerciante le confiere aquél artículo, la demandante se ideó el nombre de TINDAZEB que lo derivó del nombre genérico TINIDAZOL por ser el principio activo del medicamento que corresponde a tal nombre, y de la aplicación terapéutica AMEBIASIS.

La palabra TINDAZEB que distingue el producto farmacéutico antiparasitario fabricado por la demandante está formado por ocho (8) letras y por tres (3) sílabas, al paso que la palabra TINIDAMEB está formada por nueve (9) letras y por cuatro (4) sílabas.

Si por semejanza se entiende el parecido de una cosa con otra, se tiene que aceptar inexorablemente que entre una expresión y otra no hay similitud ni en el sentido fonético, ni en el ortográfico, ni en el visual, ni en ningún aspecto, y para que pueda hablarse de semejanza se requiere de la existencia de la imitación.

Al proceder la Superintendencia de Industria y Comercio a negar el registro de la marca TINDAZEB, creada por la actora en ejercicio del derecho que consagra el artículo 584 del Código de Comercio, violó en forma flagrante dicho artículo y, de contera, el inciso 1º. del artículo 30 de la Constitución Nacional, por cuanto que Laboratorios Higea de Colombia Ltda. había obtenido el Registro Sanitario No. 007128 MS en virtud de la Resolución No. 07042 de 6 de junio de 1984, proferida por el Ministerio de Salud, en virtud de lo cual estaba o está facultada para fabricar y expender el producto farmacéutico TINDAZEB en el territorio nacional.

Al revocar la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca TINDAZEB, está dejando sin valor ni efecto el registro sanitario aludido, desconociendo por tanto un derecho adquirido con justo título.

Segundo cargo: Violación del artículo 586 del Código de Comercio, de los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y del Decreto 755 de 1972. Aquella norma indica las marcas que no pueden registrarse, y en las situaciones que tal artículo contempla no se encuentra la marca cuyo registro se negó. En efecto, dicha disposición preceptúa:

"Tampoco podrán registrarse como marcas:

"1o. Las que se asemejen, *en forma que puedan inducir al público a error*, a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad, para los mismos productos o servicios, o para otros similares" (la subraya es de la actora).

No se puede pretender que exista semejanza entre las expresiones o marcas TINIDAMEB y TINDAZEB. Si se lee en voz alta una y otra expresión, se notará que suenan distinto, esto es, que no hay similitud fonética que es un aspecto relevante, ya que las letras representan sonidos de cuya combinación resultan las palabras.

Ahora bien, si no existe similitud en el aspecto fonético, mucho menos la hay en el aspecto visual, ya que nadie que sepa leer puede confundir las palabras TINIDAMEB con la palabra TINDAZEB; por otra parte, es de suponer que la persona que adquiere uno de estos productos, lo hace por prescripción médica, y no es lógico pretender que un médico se confunda al recetar un medicamento.

Por otra parte, si se comparan los empaques de ambos productos, se encontrarán grandes diferencias y ninguna semejanza. Ciertamente, el empaque de TINIDAMEB, tiene un centímetro de largo menos que el de el empaque de TINDAZEB, lo mismo que de ancho. La palabra TINIDAMEB aparece en letras mayúsculas, al paso que TINDAZEB aparece en minúsculas.

La tinta utilizada en el empaque de TINIDAMEB es color azul oscuro y azul claro, y la utilizada en el empaque de TINDAZEB es negra de un solo tono.

El empaque de TINIDAMEB tiene tres franjas verticales, 2 de color oscuro y en la mitad de éstas una de color azul claro, franjas que envuelven por así decirlo, lo ancho del empaque, al paso que el empaque de TINDAZEB ostenta una sola franja horizontal de color verde a todo lo largo del empaque, en la parte inferior de la cara principal y en la parte superior del anverso, franja varias veces más anchas que la de TINIDAMEB.

Además, la literatura de uno y otro empaque difiere sustancialmente, tanto en el contenido como en la forma.

Es innegable entonces, que existen diferencias sustanciales que hacen viable la coexistencia en el mercado de ambos productos, de ambas marcas, sin que sea posible la existencia de confusión, ya que uno y otro signo son claramente distintivos y su diseño es fruto del capricho de los fabricantes.

El hecho de que una y otra expresión TINIDAMEB y TINDAZEB tengan en común algunas letras, no las hace confundibles. A este respecto, cobra vigencia lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia de julio de 1987, tenida en cuenta en inumerables ocasiones por la Superintendencia de Industria y Comercio. Dijo entonces, entre otras cosas, el H. Consejo de Estado: "... una simple letra o un simple número puede ser objeto de registro en favor de varias personas, si en cada caso la letra o el número de que se trate tiene una apariencia especial y característica que los haga diferentes o distintivos unos de otros o estén acompañados de trazos o figuras que les den una apariencia novedosa".

El señor Superintendente de Industria y Comercio, contra toda lógica, dice, entre otras cosas, en la resolución No. 969 que "la novedad marcaria se refiere a la clase o grupo de productos es decir, que sean nuevos respecto de la clase en que se van a introducir". Se refiere de esta transcripción, que se interpretan erróneamente los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, toda vez que se pretende que la novedad marcaria se refiere no a las marcas sino a la clase de productos que cada marca distingue, aplicándose, igualmente, de manera inadecuada el Decreto 755 de 1972.

De todo lo anterior se concluye que las resoluciones atacadas quebrantan directamente por errónea interpretación el artículo 586 del Código de Comercio.

e.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda, la sociedad LABORATORIOS CHALVER DE COLOMBIA LTDA. expresa, en síntesis los siguientes argumentos (fls. 58 a 76):

No aparece demostrada en ninguna parte que tinidazol sea un nombre genérico o principio activo del medicamento; pero aceptando en gracia de discusión que lo fuere, no puede desconocerse que no es solamente en el prefijo TIN donde radica la confundibilidad semejante entre los signos, sino que también se hace evidente en las desinencias MEB y ZEB. Debe tenerse en cuenta, también, la prioridad legal demostrada mediante el registro No. 98.812; estas apreciaciones son las que permiten tener en cuenta la aplicación en el caso *sub judice* del literal f) de artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, como así ocurrió en los actos administrativos acusados. No existe, pues, dice, quebranto alguno de las normas legales invocadas como infringidas por la actora en su primera censura. Y en cuanto a la presunta

transgresión constitucional, la del artículo 30, inciso 1º., manifiesta que de ninguna manera se violó esta norma, por cuanto la solicitud de registro de marca, en trámite, no es más que una expectativa que, además, fue desvirtuada en razón de la demanda de oposición promovida por Laboratorios Chalver de Colombia Ltda. ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con relación al segundo cargo, señala, en primer término, que el artículo 586 del Código de Comercio, que la actora estima vulnerado, fue derogado por el artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, la cual prescribe que "no podrán ser objeto de registro como marcas...f) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase", texto que le permite a los Laboratorios Chalver obtener la debida protección legal a un derecho legalmente adquirido.

Agrega que es criterio seguido por la jurisprudencia que para determinar la confusión entre dos marcas debe atender más a las semejanzas que a las diferencias y analizarse en conjunto mas no diseminadas. La simple comparación de los términos TINIDAMEB y TINDAZEB permite concluir que existen entre ellos analogías que inducen al error tanto del público como del cuerpo médico y farmacéutico dado el impacto visual de su lectura.

E, igualmente, se encuentra en el aspecto conceptual similitud, puesto que ambos elementos distinguen productos de la misma clase, la 5ª., y son antiparasitarios indicados para combatir la amebiasis, con presentaciones semejantes de 8 tabletas de 500 mgrs.

f.- La actuación surtida.

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

Mediante auto de 3 de agosto de 1990 (fls. 33 y 34) se admitió la demanda.

Por auto de 1º. de febrero de 1991 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas por las partes, con excepción de algunas que el Consejero conductor del proceso estimó innecesarias o improcedentes (fls. 144 a 146).

Mediante proveído de 6 de agosto de 1991 (fl. 179) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para la emisión de su concepto de fondo. De este traslado sólo hizo uso la señora Agente Fiscal.

II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público, coincide con las argumentaciones de la defensa y agrega que se observa que el TINIDAMEB es un producto que permaneció en el comercio durante muchos años antes que el TINDAZEB y que de acuerdo con la prueba testimonial que hay en el proceso, ha registrado un comercio muy significativo como para que hubiera pasado desapercibido por la actora, razones por las cuales solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

III.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Procede la Sala a decidir la controversia, analizando los cargos en el mismo orden en que han sido formulados por la actora y resumidos en este proveído.

En relación con el primer cargo.- Violación del inciso 1º. del artículo 584 del Código de Comercio y del inciso 1º. del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886. La primera de estas normas se refiere a los "SIGNOS UTILIZABLES COMO MARCAS", en los siguientes términos:

> "Art. 584.- Podrán emplearse como marcas denominaciones arbitrarias o de fantasía, palabras de cualquier idioma, nombres propios, seudónimos, nombres geográficos, frases de propaganda, dibujos, relieves, letras, cifras, etiquetas, envases, envolturas, emblemas, estampados, timbres, viñetas, sellos, orlas, bandas, las combinaciones o disposiciones de colores y cualquier otro signo que sea distintivo".

Después de invocar esta disposición la actora alude a que el nombre TINDAZEB fue ideado por ella, sin percatarse que ese es un aspecto que no tiene relevancia jurídica, pues no se exige en ninguna norma legal que la marca tenga que ser creación de quien solicita su registro.

Tampoco está demostrado que la expresión TINIDAZOL, de la cual afirma la demandante derivó el término TINDAZEB, sea el nombre genérico, que, dice también, es el principio activo de este medicamento, con lo cual pretende explicar que si alguna similitud se dedujera entre los términos TINDAZEB y TINIDAMEB, ella estaría justificada por esas circunstancias.

Por otra parte, a pesar de que haya radicales, prefijos y sufijos de uso común, no significa que cuando ellos se organicen y compongan de tal manera que se presten a situaciones de confundibilidad, se deba conceder el registro de la marca, porque el derecho de usarlos no excluye la necesidad de evitar la confusión entre las marcas y entre los productos.

Además, no cabe duda que a primera vista la marca registrada y la que se pretende registrar, por este aspecto, es decir, por el visual, ofrece confusión entre las mismas, dado el número de letras de cada una de ellas (9 y 8 respectivamente) y la secuencia y orden de disposición en que se encuentran.

Desde el punto de vista fonético, los fonemas TIN frente a TIN y DA frente a DA, son idénticos: la diferencia entre los sufijos ZEB y MEB, es imperceptible, razón por la cual el sonido que queda en el recuerdo del consumidor al pronunciar ambas marcas es confundiblemente semejante, teniendo en cuenta, por supuesto, que se trata de palabras cuyo acento se hace sobre la raíz TIN y en la última sílaba EB, idéntica en ambas. En este aspecto, innegablemente, la semejanza es grande, y dicha semejanza es importante ya que las marcas en pugna están referidas al nombre, fácilmente confundibles en su pronunciación al ser solicitadas o recomendadas, como lo destaca la señora Agente del Ministerio Público en su vista de fondo.

Estos factores de similitud se refuerzan al considerar que la aplicación o efecto útil de ambos productos es el de ser antiparasitarios y el de estar destinados específicamente a combatir la misma enfermedad: la amebiasis y que se encuentran clasificados dentro de la misma clase 5ª. del Decreto 755 de 1972.

En lo que concierne a la presunta violación del inciso 1º. del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886, por no haber accedido finalmente la Superintendencia de Industria y Comercio al registro de la marca TINDAZEB, pese a que el Ministerio de Salud le había conferido a la actora el registro sanitario No. 007128 en virtud del cual estaba facultada para fabricar y expender el producto farmacéutico Tindazeb, hay que señalar que no es lo mismo el registro de la marca del producto que su registro sanitario, aunque guardan entre sí una estrecha relación, por cuanto el primero faculta al fabricante para utilizar la marca, y el segundo para fabricar el producto a que se refiere la marca. Los derechos que se obtienen en cada caso son, en consecuencia, igualmente diferentes.

De la estrecha relación entre el registro marcario y el registro sanitario no se puede, pues, deducir, como lo pretende la actora, que el derecho sobre una marca se obtenga por la adquisición del derecho de fabricar el producto.

Si es cierto que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro solicitado por la demandante, también lo es que este organismo por intermedio del señor Superintendente, motivadamente *revocó* dicho otorgamiento al conocer y desatar la apelación interpuesta contra aquella decisión por quien desde un principio se opuso a que se accediera a la solicitud de Laboratorios Higea de Colombia Ltda., actuación que se realizó dentro del marco de la competencia que le da la ley, sin que por ello se pueda aseverar legítimamente que con tal decisión

revocatoria se desconocía el derecho adquirido con el justo título del registro sanitario sobre el producto farmacéutico Tindazeb que le había otorgado el Ministerio de Salud a la parte demandante, como ésta infundadamente lo alega.

Bastan las precedentes reflexiones para concluir que el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo.- Se refiere a la presunta transgresión del artículo 586 del Código de Comercio, de los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y del Decreto 755 de 1972.

Pese a la advertencia de la defensa en el sentido de que el artículo 586 del Código de Comercio "fue derogado" (suspendido diría más bien la Sala) por el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, se examinará el cargo toda vez que esta disposición se cita en él, amén de que contiene el mismo espíritu y finalidad de aquella, y casi inmodificada su literalidad.

Tampoco en este evento le asiste a la demandante sociedad Laboratorios Higea de Colombia Ltda., por los siguientes motivos:

En lo que respecta a la pretendida disimilitud fonética y de impacto visual que vuelve a esgrimir, es asunto que ya ha sido ampliamente desvirtuado en el examen del cargo precedente, y a ello se atiene la Sala.

En cuanto a las diferencias que relaciona sobre las dimensiones, franjas y colores de los empaques de los productos TINIDAMEB y TINDAZEB; la literatura, que, dice, difiere sustancialmente en el contenido y en la forma, son aspectos irrelevantes para el proceso, toda vez que no se trata de marcas emblemáticas o figurativas, sino de marcas nominativas, "sin distintivos especiales" tal como se verifica en el plenario, por lo cual resulta también desatinada la cita jurisprudencial de esta Corporación ya que ella se refiere a un caso de marca emblemática, más no de simple nombre.

En lo atinente a la errónea interpretación de los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y la indebida aplicación del Decreto 755 de 1972 que la actora le endilga a la Superintendencia de Industria y Comercio al consignar ésta en la Resolución 969 de 1990 que "la novedad marcaria se refiere a la clase o grupo de productos es decir, que sean nuevos respecto de la clase en que van a introducir", toda vez, dice, que se pretende así que la novedad marcaria se refiere no a las marcas sino a la clase de productos, es inquietud que se despeja transcribiendo los párrafos subsiguientes de la citada Resolución que dice:

"Que sobre el concepto de distintividad es oportuno reiterar que en sí mismo, trata de que sea un medio para identificar un producto o un

servicio de otro y, si por alguna razón induce a duda o confusión, el signo no deberá ser registrado como marca ya que la finalidad de la misma es identificar; así mismo, el signo debe ser suficientemente distintivo o sea que permita tanto al público consumidor como a los empresarios identificar los productos o servicios que se encuentran en el mercado.

"... la finalidad de la marca, como es sabido, no es otra que la de individualizar los productos y servicios con el propósito de diferenciarlas (sic) de otras iguales o similares; la marca protege a los consumidores, quienes, al identificar el origen y la procedencia del producto o servicio de que trate, eviten ser confundidos o engañados".

En estos términos, la Sala considera que la interpretación y aplicación que de aquellas normas hace la Superintendencia de Industria y Comercio, resulta correcta, contrariamente a lo afirmado por la actora.

Finalmente, la Sala comparte el criterio de la Fiscalía en el sentido de que, en efecto, el TINIDAMEB es un producto que permaneció en el comercio durante muchos años antes que el TINDAZEB hiciera su aparición y que de acuerdo con la prueba testimonial recaudada en el proceso (fls. 151 a 155 y 175 a 177) ha registrado un comercio muy significativo como para que hubiera pasado desapercibido por la actora.

Por lo tanto, tampoco prospera el segundo cargo.

IV.- DECISION

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en acuerdo con su colaborador del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Condénase en costas al actor. Tásense.

Tercero.- Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el artículo 2o. del Decreto 209 de 1957.

Cuarto.- En firme este fallo, archívase el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO/PREAVISO/ANALOGIA

Si bien el último inciso del artículo 16 de la Ley 56 de 1985 no determina la forma que debe utilizar el arrendador para dar el preaviso al arrendatario sobre la terminación unilateral del contrato, el penúltimo inciso del artículo 17 *ibídem*, clara y expresamente señala que dicho preaviso, en el caso que sea el arrendatario quien pretenda la terminación unilateral, deberá revestir la forma escrita. En este caso confluyen los requisitos señalados en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, que permiten llenar el vacío dejado por el legislador en el artículo 16, con el 17 de la misma ley. Dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria que cabe ejercer al Presidente de la República, encaja perfectamente aquélla mediante la cual se determinaron o establecieron en los actos acusados los mecanismos que deben ser utilizados para que el preaviso tenga efectos válidos entre las partes. De otra parte la recta intelección del literal a) del artículo 11 del Decreto 1816 de 1990, demandado permite concluir que, tratándose de la terminación unilateral de un contrato de arrendamiento, la fecha "señalada para la terminación del contrato", será aquella que unilateralmente determine el arrendador en la comunicación que dirija al arrendatario, la cual comunicación deberá producirse al menos con tres (3) meses de anticipación a aquella fecha indicada para la terminación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref: Expediente No. 1987. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., instauró ante esta Corporación el ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial de los literales a) de los artículos 11 y 12 del Decreto 1816 de 6 de agosto de 1990, expedido por el Gobierno Nacional, con las firmas del señor Presidente de la República y de la Ministra de Desarrollo Económico.

I.- ANTECEDENTES

a.- *Los actos Acusados.*

El Decreto 1816 de 1990, "por el cual se reglamenta la Ley 56 de 1985". que contiene los actos cuya nulidad se solicita, fue expedido por el señor Presidente de la República, "... en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y en desarrollo de la Ley 56 de 1985".

A continuación se transcriben los literales a) de los artículos 11 y 12 del mencionado Decreto, en los cuales se subraya las expresiones demandadas.

"Artículo 11. Para que el arrendador pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento, en el evento previsto en el inciso final del artículo 16 de la Ley 56 de 1985, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

"a) Comunicar *telegráficamente o por correo certificado* al arrendatario o a su representante legal, con una antelación no inferior a tres (3) meses *a la fecha señalada para la terminación del contrato, y así mismo, comunicar que se pagará la indemnización de ley.* Tal comunicación deberá ser dirigida a la dirección del inmueble arrendado".

"Artículo 12. Para que el arrendatario pueda dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento en el evento previsto en el inciso 2o. del artículo 17 de la ley 56 de 1985, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

"a) Comunicar su intención de dar por terminado el contrato, *telegráficamente o por correo certificado* al arrendador o a su representante legal, con una antelación no inferior a tres (3) meses a la

fecha señalada para la terminación unilateral del contrato; *así mismo comunicar que se pagará la indemnización de ley.*

"Tal comunicación deberá ser dirigida a la dirección del arrendador o su representante" (fls. 4 y 4 vto.).

b.- *Los hechos de la demanda.*

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones se reducen a hacer referencia al hecho mismo de la expedición del Decreto 1816 de 1990 ya que él se encuentra vigente.

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

El actor considera que los actos acusados incurren en violación de los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985, por las razones que se resumen a continuación (fls. 11 y 12) :

Las mencionadas normas consagran en favor de los arrendadores y arrendatarios de inmuebles la facultad de terminar unilateralmente los contratos de arrendamiento y obtener la restitución o entrega de los inmuebles, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Preaviso, con antelación no menor de tres (3) meses.

b) Pago de una indemnización equivalente a tres (3) meses de canon mensual de arrendamiento.

De los anteriores requisitos se evidencia que la ley limita el preaviso en cuanto a su antelación mínima, pero no en cuanto a su forma, por tanto éste podrá ser verbal, con intervención judicial o por escrito. No obstante ello las normas acusadas restringen el preaviso a la forma escrita y bajo la modalidad de telegrama o de comunicación por correo certificado.

De otra parte, mientras que el preaviso regulado por la Ley "... tiene la virtud de poner fin al contrato en cualquier tiempo una vez venzan los tres meses del mismo...", los actos acusados confunden "...el derecho de terminación mediante preaviso, con la facultad o no de permitir la prórroga de un contrato, de tal suerte que el contrato no termina en cualquier tiempo (vencidos los tres meses) sino únicamente vencido el plazo de la prórroga, es decir, el preaviso del decreto reglamentario no es que permita la terminación propiamente dicha, sino que impide su prórroga", como, según el actor, se demuestra con el ejemplo a que acude en la demanda.

"Finalmente, la ley exige el pago de una indemnización pero no con una antelación igual o superior a tres meses. Obviamente de la norma se deduce

que en todo caso, la indemnización deberá estar paga antes del vencimiento del término del preaviso. Pero de esta consideración, a disponer reglamentariamente la obligación de consignar con una antelación no inferior a tres meses, hay mucho trecho" (sic).

d.- *Las razones de la defensa.*

A pesar de haber sido debidamente notificada de la demanda, la parte demandada no se hizo presente durante el curso del proceso.

e.- *La actuación surtida.*

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

Por auto de 22 de mayo de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 15 a 20).

Al no haber pruebas que decretar, mediante providencia de 10 de julio de 1992 se ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto (fl.31). Ninguno de ellos hizo uso de tales derechos.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A pesar de la confusa redacción de la demanda, y en virtud de los poderes de interpretación de la misma, que asisten al juez administrativo, a juicio de la Sala son tres los cargos de violación de los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985, por parte de los actos acusados, a saber :

Primer cargo,.- Que mientras los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985 establecen como requisitos para la terminación unilateral del contrato de arrendamiento un preaviso, sin condicionar la forma como éste puede hacerse, las normas acusadas no sólo restringen al medio escrito dicho preaviso, sino que consagran como medios para ello únicamente el telegrama y el correo certificado.

Segundo cargo.- Que mientras el preaviso establecido por los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985 "... tiene la virtud de poner fin al contrato de arrendamiento en cualquier tiempo, una vez se venzan los tres meses del mismo", las normas acusadas sólo prevén dicha terminación al vencimiento del término de su prórroga, "... es decir, el preaviso del decreto reglamentario no es que permita la terminación propiamente dicha, sino que impide su prórroga".

Tercer cargo.- Que mientras las citadas normas legales, exigen el pago de una indemnización antes del vencimiento del término del preaviso, las normas acusadas disponen "... la obligación de consignar con una antelación no inferior a tres meses".

Como quiera que los cargos de violación se refieren exclusivamente a lo dispuesto en el inciso final del artículo 16 y en el penúltimo inciso del artículo 17 de la Ley 56 de 1985, ellos se transcriben a continuación, por ser el marco general de las consideraciones de la Sala.

"Artículo 16. TERMINACION POR PARTE DEL ARRENDADOR

"Son causales para que el arrendador pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato las siguientes:

"...

"...

"...

"Además, el arrendador podrá darlo por terminado unilateralmente durante las prórrogas mediante preaviso dado con tres (3) meses de anticipación y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendatario estará obligado a restituir el inmueble".

"Artículo 17. TERMINACION POR PARTE DEL ARRENDATARIO

"Son causales para que el arrendatario pueda pedir unilateralmente la terminación del contrato, las siguientes:

"...

"...

"...

"Además, el arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento dentro del término inicial o el de sus prórrogas previo aviso escrito al arrendador, con un plazo no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendador estará obligado a recibir el inmueble; si no lo hiciere, el arrendatario podrá hacer entrega provisional mediante la intervención de la autoridad administrativa competente, sin perjuicio de acudir a la acción judicial correspondiente".

En relación con el primer cargo.- La primera observación que surge de la lectura de las normas que se reputan como violadas consiste en que si bien el último inciso del parcialmente transitorio artículo 16 no determina la forma o el medio que debe utilizar el arrendador para dar el preaviso al arrendatario sobre la terminación unilateral del contrato, el penúltimo inciso del artículo 17, igualmente transcrito, clara y expresamente señala que dicho preaviso, en el caso que sea el arrendatario quien pretenda la terminación unilateral, deberán revestir la forma escrita.

Lo anterior significa que el primer aspecto a dilucidar es el referente a si el hecho de que el literal a) del artículo 11 del Decreto 1816 de 1990 consagre la forma escrita para dar el preaviso conlleva o no la violación del último inciso del artículo 16 de la Ley 56 de 1985.

Para dilucidar este punto la Sala considera que la interpretación no puede ser la facilista que conduciría a predicar la violación de la norma superior por el simple hecho de que allí no se consagre forma alguna para dar el tan mencionado preaviso, pues el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887 consagra, entre otros, la hermeneútica como mecanismo "... para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes". Es por lo anterior que ha de acudirse al principio de interpretación analógica de las normas jurídicas, consagrado en el artículo 8o. de la citada Ley 153 de 1887, pues frente al caso *sub-judice* se tiene que, regulando la misma materia el artículo 17 de la Ley 56 de 1985 consagra que el preaviso por parte del arrendatario al arrendador deberá hacerse bajo la forma escrita.

Sobre el mencionado principio de interpretación, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de enero de 1962, expresó lo siguiente:

> "El principio de la analogía o argumento a simili consagrado en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma; y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera: *Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio*.
>
> "Destacando el último de los presupuestos anotados, dice un crítico en la materia : El argumento a simili consiste en aplicar a un caso no previsto la regla establecida para otro caso semejante, porque la razón para decidir es una misma... En todo caso se necesita, como se ve, que haya fundamento para razonar de una misma manera en ambos casos, si los dos casos que tiende a hacer juzgar de una misma manera, perteneciesen cada uno a un orden de cosas diferentes" (H. de Saint Albin, Lógica Judicial, Traducción de Concha, 2a. Edic. pág. 347 ss.)".

(Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de enero de 1962,G.J. t. XCVIII, pág. 23).

En consecuencia, para la Sala no cabe duda alguna acerca de la validez de acudir para la solución del caso bajo análisis del artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 y, por ende, a la transcrita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como doctrina constitucional que es, de lo cual resulta la conclusión de que en este caso confluyen los requisitos señalados en la citada norma, que permiten llenar el vacío dejado por el legislador en el artículo 16 de la Ley 56 de 1985, con el 17 de la misma, en el sentido que el preaviso de que allí se habla deberá revestir la forma escrita, no sólo por cuanto donde cabe la misma razón cabe la misma disposición, sino por cuanto ello viene a constituir uno de los medios de prueba más eficaces para demostrar el hecho de haberse demostrado tal preaviso.

Así las cosas, se tiene que el literal a) del artículo 11 del Decreto 1816 de 1990 no incurre en transgresión, por este aspecto, del artículo 16 de la Ley 56 de 1985.

El segundo aspecto a definir frente a este cargo es el referente a si el hecho a que las normas demandadas consagren como medios idóneos para dar el preaviso escrito el telegráfico o el envío de la comunicación que lo contiene por correo certificado, es suficiente para predicar la violación de los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985. Sobre este tópico la Sala considera que dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria que cabe ejercer al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, con el fin de dar vida práctica y aplicación a la ley, encaja perfectamente aquella mediante la cual se determinaron o establecieron en los actos acusados los mecanismos que deben ser utilizados para que el preaviso tenga efectos válidos entre las partes, pues además, como expresó la Sala en el auto que decidió sobre la solicitud de suspensión provisional formulada en la demanda,

> "... el hecho de que en las normas reglamentarias demandadas se haya establecido, como medios para dar el "preaviso", el telegráfico o el de correo certificado no indica, a juicio de la Sala, que se incurra en una violación flagrante de las indicadas normas de la Ley 56 de 1985, requisito para que prosperare la medida solicitada, sino, mas bien daría pie a pensar que el Gobierno Nacional pudo haber considerado que tales medios de comunicación eran los más apropiados, no sólo por su rapidez de transmisión, sino porque permitirían un eficaz medio de prueba de haberse producido el susodicho "preaviso" (fl.18).

En consecuencia, no prospera este cargo.

En relación con el segundo cargo.- En primer término, la Sala hace notar que, contrariamente a la apreciación del demandante, el preaviso de

que tratan los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985, como elemento único, no permite la terminación unilateral del contrato de arrendamiento, pues, como ellos mismos lo indican, deberá procederse al pago de la indemnización, en los términos que allí se consagra.

En segundo lugar, la Sala también hace notar que los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985 regulan la terminación unilateral del contrato de arrendamiento de manera diferente, pues, de una parte, el primero de ellos permite tal terminación, por parte del arrendador, sólo durante las prórrogas del mismo, en tanto que el segundo la consagra en favor del arrendatario, durante el término inicial o el de sus prórrogas.

Además, de lo anterior, y antes de proceder al correspondiente análisis, la Sala precisa que la endilgada violación de las citadas normas legales sólo tiene validez respecto de la expresión "... a la fecha señalada para la terminación del contrato...", contenida en el literal a) del artículo 11 del Decreto 1816 de 1990, pues la similar expresión contenida en el literal a) del artículo 12 *ibídem*, no es objeto de pretensión de nulidad, como se indicó al inicio de esta providencia.

Puntualizados los aspectos anteriores se tiene que el artículo 16 de la Ley 56 de 1985 consagra en favor del arrendador la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento "...durante las prórrogas...". Por su parte, el literal a) del artículo 11 del Decreto 1816 de 1990 exige como condición para que aquél pueda proceder a dicha terminación el preaviso "... con una antelación no inferior a tres (3) meses a la fecha señalada para la terminación del contrato".

De la confrontación de la norma reglamentaria con la norma reglamentada surge para la Sala la inmediata conclusión de que el cargo formulado se edifica sobre la errada base de interpretar como "... fecha señalada para la terminación del contrato...". de que habla la primera, como la que surge a consecuencia de su prórroga, es decir, la del vencimiento de un término igual al inicialmente pactado, cuando, por el contrario, la recta intelección de la norma reglamentaria permite concluir que, tratándose, como se trata, de la *terminación unilateral* de un contrato de arrendamiento la fecha "señalada para la terminación del contrato", será aquella que unilateralmente determine el arrendador en la comunicación que dirija al arrendatario, la cual comunicación deberá producirse al menos con tres (3) meses de anticipación a aquella fecha indicada para la terminación.

La expresada interpretación se encuentra en armonía y tiene pleno respaldo en el literal a) del artículo 12 del mismo Decreto 1816 de 1990, donde se consagra que la comunicación del arrendatario al arrendador deberá hacerse "... con una antelación no inferior a tres (3) meses a la fecha señalada para la *terminación unilateral* del contrato...".

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo.- Luego de una atenta lectura de este cargo la Sala considera que no está llamado a prosperar, por la simple razón de que las normas reglamentarias por parte alguna consagran "... la obligación de consignar con una antelación no inferior a tres meses" (sic), como lo señala el actor, sino sencillamente el que en la comunicación que contenga el preaviso se exprese el ánimo de pagar la indemnización, hecho éste que, según se deduce de los artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1985, deberá acaecer bien en cualquier momento antes del vencimiento del término del preaviso o en concomitancia con él.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, devuélvase al actor la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) M/cte., depositados para gastos ordinarios del proceso, según consta a folio 22 del expediente, los cuales no fueron utilizados.

Tercero.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Ministro de Desarrollo Económico.

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 agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa legal, *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/PRECIO

Conforme a la ley, las entidades públicas, para determinar el precio mensual del arrendamiento, deben hacerlo en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto del arrendamiento. Sin embargo, los actos acusados adoptan como unidad de medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos legales diarios, lo que a su vez se utiliza para adoptar las tarifas mínimas de arrendamiento y para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución No. 17108 de 20 de diciembre de 1991; 1 y 2 de las Resoluciones 8892 de julio 19, 9507 de agosto 1o. y 11249 de septiembre 6 de 1991, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronaútica Civil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Ref: Expediente No. 2084. Aútoridades Nacionales. Actora: María Carolina Rodríguez Ruiz.

La actora de la referencia actuando en su propio nombre y en ejercicio de la "acción popular de simple nulidad", presenta demanda contra las Resoluciones Nos. 8892, 9507, 17108 y 11249 de julio 19, agosto 1o., diciembre 20 y septiembre 6 de 1991, respectivamente, proferidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronaútica Civil, con el fin de que en sentencia definitiva se declare su nulidad.

En esta oportunidad debe la Sala pronunciarse sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados que acompaña al libelo.

La demanda reúne los presupuestos de ley y en consecuencia debe admitirse tal como se ordena en la parte resolutiva de esta providencia.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las resoluciones impugnadas, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

Dice en primer término la accionante, que al fijarse las tarifas de arrendamientos aeronaúticos y no aeronaúticos mediante los actos acusados se violan ostensiblemente los artículos 2o. y 3o. del Decreto 3444 de 1985, pues se hizo caso omiso del avalúo previo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y se desconoció la base mínima legal de los cánones de arrendamiento, para en su lugar, según los considerandos de las Resoluciones, acoger las categorías propuestas por la OACI como simples "recomendaciones" y utilizar el "salario mínimo legal diario como unidad de medida", sin ninguna autorización legal.

Se aduce asimismo en la solicitud que dadas las anteriores circunstancias se violaron también los artículos 6 y 121 de la C.N. donde se dice que los funcionarios públicos son responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones y que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las consagradas en la Ley.

Dentro de la lista de disposiciones transgredidas se incluyen además los artículos 1o. del ya citado Decreto 3444, 16 del Decreto 222 de 1983 y 1981 del C.C., porque se le da al contrato de arrendamiento, que es de derecho privado, tratamiento de contrato administrativo, utilizando en las resoluciones acusadas un poder exorbitante del derecho común al fijar unilateralmente las tarifas, cuando el canon o precio "debe ser determinado por los contratantes" dada la naturaleza de derecho privado, y concretamente de derecho civil que tiene el arrendamiento.

Luego de comparar las disposiciones acusadas con las normas que la solicitante cita como violadas, observa la Sala que la solicitud de suspensión

provisional está llamada a prosperar, al menos parcialmente, por las sencillas y breves razones que a continuación se expresan:

El Decreto 3444 de 1984 "Por el cual se dictan normas sobre arrendamiento para las entidades públicas", determina:

"Artículo 2o.- El Instituto Geográfico Agustín Codazzi deberá practicar un avalúo sobre los inmuebles objeto de arrendamiento.

"Artículo 3o.- Cuando se tomen inmuebles en arrendamiento, las entidades públicas pagarán como máximo un precio mensual igual al uno por ciento (1%) del avalúo mencionado en el artículo anterior. Cuando tales entidades den inmuebles en arrendamiento, el precio mensual será del uno por ciento (1%) del avalúo referido".

Según las precitadas normas las entidades públicas, para determinar el precio mensual de arrendamiento, deben hacerlo en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto de arrendamiento.

Sin embargo las resoluciones acusadas en el artículo 1o. adoptan como unidad de medida para el cobro de los arrendamientos salarios mínimos legales diarios, la que a su vez se utiliza en el artículo 2o. para adoptar las tarifas mínimas de arrendamiento y en los artículos 3o. y 5o. de la Resolución 17108 de 1991 para modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado.

Queda claro entonces que los artículos 1o. y 2o. de las Resoluciones 8892, 9507 y 11249 y los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución No. 17108, transgreden en forma manifiesta el Decreto 3444 de 1985 y por tal circunstancia respecto de ellos procede decretar la medida cautelar solicitada.

No ocurre lo mismo en tratándose de los artículos terceros de las Resoluciones 8892 y 11249, del mal numerado art. 2° de la Resolución 9507 y del 5o. de la Resolución 17108, los cuales no violan ostensiblemente las normas del Decreto 3444 invocadas por la demandante, pues se limitan a señalar que "El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil otorgará los locales mediante un contrato de arrendamiento en donde se especifiquen la ubicación, características, derechos y obligaciones del arrendatario".

Tampoco observa la Sala la violación flagrante de los artículos 6o. y 121 de la Constitución Nacional, ni del artículo 16 del Decreto 222 de 1983, por parte de los actos acusados, porque si de los ordenamientos constitucionales se trata hay que decir que ellos antes que a la validez de las Resoluciones censuradas, apuntan a la responsabilidad de los funcionarios y autoridades y en relación con el artículo 16 del Decreto 222, si bien es cierto que ésta disposición no contempla como administrativo el contrato de arrendamiento,

no lo es menos que la contenida en el artículo 80 señala el arrendamiento como uno de los contratos de que trata el estatuto contractual. Recordemos que el artículo 1o. del Decreto 3444 de 1985 prescribe que los contratos de arrendamiento que celebren las entidades públicas se sujetarán a las normas de contratación administrativa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera,

RESUELVE :

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por la ciudadana María Carolina Rodríguez Ruiz contra las Resoluciones 8892, 9507, 11249 y 17108 de julio 19, agosto 1o., septiembre 6 y diciembre 20, todas de 1991, respectivamente. Para su trámite, se dispone:

a) Notificar al señor Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entréguesele copia de la demanda.

b) Notificar personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c) La actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) M/cte., para pagar los gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría solicítese al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos de las Resoluciones acusadas.

2o.- DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Resolución 17108 de 20 de diciembre de 1991; 1o. y 2o. de las Resoluciones 8892 de julio 19, 9507 de agosto 1o. y 11249 de septiembre 6 de 1991, expedidas por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 21 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/PRESUPUESTO DE RENTAS/ RENTAS DEPARTAMENTALES/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL- Facultades/ **GOBERNADOR-**Facultades

El legislador ha radicado en cabeza de las Asambleas Departamentales regular todo lo relativo a las rentas departamentales: su organización, recaudo, manejo, inversión, formación y rendición de cuentas de los responsables, la represión y castigo del fraude a las mismas. Esta última función: la de represión y castigo del fraude a las rentas departamentales entraña, a juicio de la Sala, la de dictar disposiciones tendientes a contener el fraude, esto es, establecer contravenciones administrativas así como la de señalar el castigo o pena correspondiente y el procedimiento que debe seguirse. El Decreto ordenanzal acusado cuando estableció contravenciones a las rentas departamentales, se ajustó a la preceptiva de los artículos 62 numeral 15 del Código de Régimen Departamental y 187 numeral 9o. de la Constitución de 1886.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 1780 Recurso de apelación contra la sentencia de 18 de abril de 1991, del Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Gustavo Adolfo Caballero Montejo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el demandante contra la sentencia de 18 de Abril de 1991, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, en que se declaró inhibido de pronunciarse sobre la nulidad del Decreto Ordenanzal 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 de Antioquia.

I.- ANTECEDENTES

I.1- El doctor Gustavo Adolfo Caballero Montejo, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia tendiente a obtener la nulidad del Decreto Ordenanzal 1562 de 15 de Agosto de 1984, expedido por el señor Gobernador de Antioquia.

En apoyo de su pretensión de nulidad invocó la violación de los artículos 16, 20, 23 inciso 2o., 26, 76 numeral 2o., 187 numerales 9o. y 10o., y 215 de la Constitución de 1886, 4o. de la Ley 16 de 1969, 1o. a 3o., 5o, 7o, 8o, 185 a 188 del Decreto Ley 1355 de 1970, 12 y 121 del Decreto-Ley 522 de 1971, 1o. 3o, 7o, y 378 del Decreto-Ley 100 de 1980, 4o. del Decreto-Ley 050 de 1987, Ley 14 de 1983, 49 a 68 del C.C.A., 3o. de la Ley 2a. de 1984, 15, 62, 71, 74, 95, 120 a 122, 124, 125, 147, 149, 153, 158, 165, 175, 198, 205, 206, 334, 335, 337 y 339 del Decreto-Ley 1222 de 1986 y 23 del Decreto-Ley 051 de 1987.

I.2.- A la demanda se le imprimó el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con el proferimiento de la sentencia de 18 de Abril de 1991, la cual fue oportunamente apelada por el demandante.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia se declaró inhibida de decidir sobre el fondo del asunto por sustracción de materia, aduciendo lo siguiente:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales, han señalado que en los procesos contenciosos administrativos cuando se trata del análisis de una violación, en el cual se confronta el acto acusado con el ordenamiento jurídico, necesariamente debe partirse de la vigencia de ambos extremos ya que si el acto acusado desaparece de la vida jurídica antes de la decisión jurisdiccional sobre su legalidad, se configura el fenómeno conocido como sustracción de materia.

Al respecto, el Consejero de Estado Carlos Betancur Jaramillo sostiene: '... la tesis de la sustracción de materia ha sido elaborada exclusivamente por la Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a las pretensiones de simple nulidad de actos de contenido general, los cuales por sí mismos no generan efectos concretos; de allí que su derogatoria cuando adolezca de un vicio de ilegalidad, implique el retorno al imperio del orden jurídico abstracto y haga inútil e inocuo un nuevo pronunciamiento jurisdiccional al respecto". (Derecho Procesal Administrativo. Medellín. Señal Editora. 1985. Pág. 154).

El artículo 68 del Decreto número 1599 de 1990 (fl. 38 y ss.), emanado de la Gobernación de Antioquia, deroga todas las normas contrarias a este estatuto, en especial las contenidas en el Decreto Ordenanzal número 1562 de agosto 15 de 1.984, disposición esta última que se impugna.

En este proceso una declaratoria de nulidad del acto demandado debe partir lógicamente, de su vigencia. Carecería de todo sentido un pronunciamiento jurisdiccional de esa naturaleza frente a actos que ya han desaparecido. Aducir la tesis del "Magisterio Moral" como en alguna ocasión lo hizo la Corte Suprema de Justicia para sustentar sus decisiones frente a actos derogados, en una pretendida vocación pedagógica del juez, puede parecer seductor pero riñe con los postulados mínimos de la lógica jurídica.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El demandante para expresar su inconformidad con el fallo apelado manifiesta lo siguiente:

Como elemento central invoca la sentencia dictada el 14 de Enero de 1991, Consejero ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, de la cual se extrae:

> "...no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que *la misma* administración ha revocado su acto, a*sí éste sea de carácter general e impersonal.* Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico suspuestamente 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 lo 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." (Subrayas personales. Extracto

citado en JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, tomo XX No. 232, abril de 1991).

Por tal razón, es imprescindible el análisis de fondo frente a las leyes vigentes, tal como se indicó en el concepto de violación, máxime cuando la materia constituye un renglón poco abordado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

IV.- CONCEPTO FISCAL.

La señora Fiscal Primera de la Corporación en su vista se muestra partidaria de que se revoque el fallo apelado y en su lugar se haga un pronunciamiento de mérito ya que estima que la jurisprudencia del Consejo de Estado que invoca el recurrente así lo justifica.

Sobre el fondo del asunto conceptúa que el artículo 23 de la Constitución de 1886 -que recoge la nueva Carta en el 28- consagra el derecho de toda persona a no ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

En desarrollo del expresado mandato constitucional está prohibido a las autoridades, gobierno nacional, asambleas departamentales, concejos municipales, etc. imponer medidas correctivas distintas a las previstas en el Código Nacional de Policía (Decreto Ley 1355 de 1970), y entre las sanciones allí indicadas no se contempla la pena de arresto (artículos 186 a 188 del citado Estatuto), salvo el arresto supletorio, según lo prevé el artículo 121 del Decreto-Ley 522 de 1971.

Con base en el análisis anterior considera que son anulables los artículos 18 ordinal 1o., 54 a 58, 60, 61, 64, 71, 78, 101, 102, 107 a 109 del acto acusado, en cuanto hace a la sanción de arresto en ellos prevista.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- La sentencia inhibitoria recurrida debe ser revocada dado que la teoría de la sustracción de materia por razón de la derogatoria del acto acusado, que le sirve de fundamento, ha sido desechada en reiteradas oportunidades por esta Sección, en virtud de haber acogido los planteamientos hechos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 14 de Enero de 1991, con ponencia del Consejero, doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla (Expediente S-157 -Actor : Robert Bruce Raisbeck), la cual, en lo pertinente, reza:

"... 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 surge efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad."

"Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo."

"Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad e ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. 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 aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia...."

Con fundamento en los apartes transcritos debe la Sala revocar el fallo inhibitorio apelado y, en su lugar, pronunciarse sobre la nulidad del Decreto Ordenanzal acusado, a pesar de haber sido derogado por el artículo 86 del Decreto 1599 de 1990, con la salvedad de que en el evento que prosperen las pretensiones de la demanda los efectos del fallo estarían circunscritos al tiempo en que estuvo vigente aquél.

V.2.- En relación con el fondo del asunto, la Sala considera:

Sea lo primero advertir que a pesar que el actor invoca la violación de diferentes normas constitucionales, legales y ordenanzales e impetra la nulidad de la totalidad del Decreto acusado no precisa sin embargo en su demanda cuáles de aquellas son transgredidas por éste. No obstante tal imprecisión, la Sala en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, que postula el artículo 228 de la Constitución Nacional como principio tutelar de las actuaciones judiciales, procede a interpretar la demanda y deduce de ella los siguientes cargos:

La primera censura es que el Decreto Ordenanzal 1562 de 1984 (Código de Rentas Departamental de Antioquia) es nulo en su totalidad porque fue expedido sin sujetarse a los preceptos legales y ordenanzales que determinaban el ámbito político y jurídico de las facultades y atribuciones concedidas. Para sustentar este cargo genérico el actor aduce fundamentalmente lo siguiente: que el Gobernador de Antioquia ha debido tener en cuenta los artículos 62, numeral 15, 125, 147, 165, 158 y 205 del Código de Régimen Departamental y 187 numeral 9o. de la Constitución de 1886; que el artículo 125 antes enunciado faculta a las Asambleas, por delegación del legislador, para expedir normas administrativas encaminadas a impedir la defraudación y eliminar el contrabando pero no un Código Policivo, de carácter penal, que determina y sanciona conductas, convirtiendo así el derecho administrativo en un régimen restrictivo de las libertades ciudadanas; que mientras el artículo 205 precitado sanciona la mora en el pago de los impuestos de timbre sobre vehículos, consumo de licores y otros productos con penas económicas, el acto acusado establece penas de arresto, multa, cancelación de licencia, etc., violando así también el Código Nacional de Policía -sin precisar las normas, anota la Sala-, el cual sólo contempla el arresto supletorio; que mientras los artículos 128 y 147 también citados establecen, en su orden, como sanción por la mora en el pago del impuesto de consumo de cervezas, el cobro de intereses a una tasa determinada y para el caso de los cigarrillos el decomiso de los de producción extranjera, el Decreto demandado contempla las penas de arresto, multa y decomiso de los productos.

En relación con la procedente censura, la Sala considera:

El artículo 62 numeral 15 del Código de Régimen Departamental señala como función de las Asambleas:

> "*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...*" (subrayado fuera de texto).

La atribución antes enunciada es, dado su tenor literal, bastante amplia por cuanto el legislador ha radicado en cabeza de las Asambleas Departamentales regular todo lo relativo a las rentas departamentales: su

organización, recaudo, manejo, inversión, formación y rendición de cuentas de los responsables, la represión y castigo del fraude a las mismas.

Esta última función: la de represión y castigo del fraude a las rentas departamentales entraña, a juicio de la Sala, la de dictar disposiciones tendientes a contener el fraude, esto es, establecer contravenciones administrativas así como la de señalar el castigo o pena correspondiente y el procedimiento que debe seguirse.

La consideración precedente pone en evidencia que la Asamblea Departamental de Antioquia bien podía, conforme al expresado artículo 62, en concordancia con el artículo 187 numeral 10o. de la Constitución de 1886, conceder facultades extraordinarias al Gobernador, como lo hizo en el artículo 2o. de la Ordenanza 12 de 14 de Diciembre, para:

> "...a. A revisar y modificar los siguientes títulos: Título I, relativo a los conceptos que compone las rentas del Departamento. Título II, contentivo de las disposiciones generales sobre contravenciones y defraudaciones a las Rentas del Departamento. Título III, que trata de las sanciones imponibles a los contraventores y defraudadores de las Rentas Departamentales. Título IV, relacionado con los defraudadores a las Rentas y sus sanciones.
>
> "b. A revisar y modificar la parte procesal incluyendo un procedimiento abreviado de los procesos por fraude a las Rentas Departamentales con el fin de procurar una pronta aplicación de justicia.
>
> "c. Al introducir las modificaciones necesarias para armonizar el Código de Rentas con los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Policía (Nacional y Departamental)..." (folios 33 y 34).

Se deriva de lo expuesto que el Decreto Ordenanzal acusado cuando estableció como contravenciones a las rentas departamentales, las siguientes: a la renta de licores, de vinos nacionales y extranjeros, de cervezas nacionales y extranjeras, de tabaco, cigarrillos y cigarros, de degüello, de registro y anotación, de gasolina y de apuestas permanentes, así como las sanciones y el procedimiento contravencional correspondiente, se ajustó a la preceptiva de los artículos 62 numeral 15 del Código de Régimen Departamental y 187 numeral 9o. de la Constitución de 1886, razón suficiente para rechazar el cargo.

El segundo cargo es que el Decreto Ordenanzal fue expedido con fundamento en una Ordenanza viciada de legalidad, sin el lleno de las exigencias del numeral 10o. del artículo 187 de la Constitución de 1886, que obliga a determinar las precisas funciones con que se reviste *pro-témpore* al Gobernador.

Esta censura también está desprovista de fundamento dado que va dirigida contra la Ordenanza número 12 de 1983, que concedió las facultades extraordinarias, cuya juridicidad no se controvierte en este proceso. No prospera, por consiguiente el cargo.

El tercer cargo es que el acto acusado es nulo por cuanto afecta la libertad individual de los asociados, al regular como contravenciones penales lo que corresponde a infracciones penales administrativas.

Este ataque del actor tampoco prospera ya que, por una parte, no lo fundamenta en norma alguna y, por la otra, como se puede deducir de las consideraciones hechas por la Sala frente al primer cargo, el acto acusado instituye contravenciones netamente administrativas, con fundamento en atribuciones de la misma índole que emanan de los artículos 62 numeral 15 del Código de Régimen Departamental y 187 numeral 10o. de la Constitución de 1886.

El último cargo es que al establecerse en varios artículos del acto acusado como sanción la pena de arresto se viola en el inciso 2o. del artículo 23 de la Constitución de 1886, que establece: "En ningún caso podrá haber detención, prisión, o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

Esta censura tampoco prospera porque, como ya se dijo anteriormente, a través del acto demandado, en ejercicio de una clara atribución legal - el artículo 62 numeral 15 del Código de Régimen Departamental - se establecen contravenciones administrativas por fraude a las rentas departamentales.

El análisis hecho conduce a la Sala a denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Se revoca la sentencia apelada, en cuanto se declaró inhibida la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia para decidir sobre el fondo del asunto, y, en su lugar, se dispone: se deniegan las súplicas de la demanda.

Ejecutoriada 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 veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa legal., *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD/ PUBLICACION/ NOTIFICACION /EJECUCION

La publicación o notificación atiende a la naturaleza del acto, mientras que la ejecución está supeditada a que el acto no haya sido objeto de publicación o notificación. Debe entenderse que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca el mismo día del cuarto mes siguiente a aquél en que se notificó o publicó el acto, o a falta de éstos, en que se ejecutó. En relación con el acto que pone fin a la vía gubernativa: el que decide el recurso de apelación el mismo día en que se notifica se surte su ejecutoria, por no ser susceptible ya de otros recursos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 2062 Recurso de apelación contra el auto de 25 de Marzo de 1992, del Tribunal Administrativo del Atlántico. Actor : Alfonso Muvdi Abufhele.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado de la parte actora, contra el auto de 25 de Marzo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que inadmitió la demanda presentada por caducidad de la acción.

I.- EL AUTO RECURRIDO

Para decretar la inadmisión de la demanda, el Tribunal Administrativo del Atlántico, razonó así.

De conformidad con el artículo 136 del C.C.A., la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso.

Examinada la demanda y sus anexos se observa que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi expidió la Resolución número 08-758- 0412-90 de 31 de Diciembre de 1990, en la cual se confirmó un avalúo por $91'900.000.oo para la vigencia 01-01-90, asignado al predio ubicado en el Municipio de Soledad (Atlántico), y denominado "San Marcos", contra la cual el actor interpuso recurso de apelación que fuera resuelto mediante la Resolución número 08-000-058 de 30 de Mayo de 1991, confirmatoria de la anterior.

La última Resolución, a través de la cual se agotó la vía gubernativa, fue notificada por edicto el cual se fijó el 13 de Junio de 1991 y se desfijó el 26 de dicho mes y año.

En consecuencia, cuando se presentó la demanda, el 5 de Noviembre de 1991, estaba caducada la mentada acción desde el 26 de Octubre de 1991, por haber transcurrido para ese entonces los cuatro (4) meses de que trata el citado artículo 136 del C.C.A.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado de la parte actora adujo como motivos de inconformidad con el auto recurrido, los siguientes:

Es cierto que la Resolución 08-000-058-91 de 30 de Mayo de 1991, dictada por la Jefatura de la Seccional Atlántico del Instituto demandado mediante la cual se resolvió el recurso de apelación, fue notificada mediante edicto que se desfijó el 27 (sic) de Junio de 1991, pero también lo es que tal Resolución quedó ejecutoriada el 5 de Julio de 1991, conforme lo expresa el sello que figura en la fotocopia autenticada del edicto en mención adjuntada a la demanda.

El inciso 2o del artículo 136 del C.C.A. dice: "...La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, *notificación o ejecución del acto...*" (subrayas del recurrente). Ello significa que el presente caso los cuatro (4) meses deben contarse a partir del 5 de Julio de 1991, cuando quedó ejecutoriada la Resolución que

agotó la vía gubernativa, o sea, que los cuatro (4) meses culminaron el 5 de Noviembre de 1991, fecha de presentación de la demanda.

III.- TRASLADO DEL RECURSO

El Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", en el término de traslado del recurso, constituyó apoderado: el doctor Luis Enrique Abello (folio 6 cuaderno de la segunda instancia), cuya personería se reconocerá en esta providencia, el cual solicitó la confirmación del auto recurrido, con fundamento en que: el término de caducidad debe contarse a partir de la fecha de notificación de la Resolución número 08-000-058-91, que resolvió el recurso de apelación y que agotó la vía gubernativa; que, por consiguiente, la firmeza del acto administrativo ocurrió el día de la notificación del mismo, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 62 del C.C.A., fecha en la cual quedó agotada la vía gubernativa, adquiriendo la susodicha Resolución el carácter de acto ejecutivo y ejecutorio y que la circunstancia equivocada e intrascendente de presentar el edicto notificatorio la anotación de que la providencia quedaba ejecutoriada el 5 de Julio de 1991, no tiene la virtud de alterar la situación jurídico normativa de que dicha providencia quedó en firme a partir del 27 de Junio de 1991.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente asunto la controversia se contrae a dilucidar la forma como se computa el término de caducidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A. prescribe que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho "caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso...".

Del texto anterior se desprende que para efectos de cómputo de la caducidad en la acción enunciada deben tenerse en cuenta tres (3) circunstancias:

La publicación, la notificación, o la ejecución del acto.

El primer fenómeno jurídico, o sea, la publicación, cabe predicarlo respecto de la forma de poner en conocimiento los actos administrativos de carácter general.

El segundo fenómeno: la notificación, es la forma de poner en conocimiento los actos administrativos de carácter particular.

El tercer fenómeno: La ejecución del acto, se presenta cuando un acto de carácter general no se publica o uno de carácter particular no se notifica, pero sí se ejecuta, es decir se cumplen las ordenaciones en él previstas, se hace que produzca la plenitud de sus efectos jurídicos.

La explicación precedente pone en evidencia que la publicación o notificación atiende a la naturaleza del acto, mientras que la ejecución está supeditada a que el acto no haya sido objeto de publicación o notificación.

Con base en lo expuesto debe entenderse que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caduca el mismo día del cuarto (4) mes siguiente a aquel en que se notificó o publicó el acto, o a falta de éstos, en que se ejecutó.

Cabe advertir que en relación con el acto que pone fin a la vía gubernativa: el que decide el recurso de apelación el mismo día en que se notifica se surte su ejecutoria, por no ser susceptible ya de otros recursos.

Aplicando la anterior interpretación del inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A. al caso sub-judice se tiene que si el acto que decidió el recurso de apelación y puso así fin a la vía gubernativa: la Resolución número 08-000058-91 de 30 de Mayo de 1991, de la Jefatura Seccional del Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el Atlántico, fue notificado mediante edicto desfijado el día 26 de Junio de 1991, la caducidad de la acción se produjo el 26 de Octubre de 1991, y, por consiguiente, al haber sido presentada la demanda el 5 de Noviembre del mismo año, ya había operado dicho fenómeno extintivo de la referida acción, razón potísima que tuvo en cuenta el Tribunal a-quo para inadmitir la demanda y justifica que esta Corporación mantenga en firme el proveído que así lo dispuso.

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

RESUELVE:

Se confirma el auto apelado.

Se reconoce personería como apoderado del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" al doctor Luis Enrique Abello, en los términos y para los efectos del poder que le ha sido conferido.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL**

En el *sub-lite* no se concreta ni formula censura alguna sobre la exclusión de las participaciones que hizo el tribunal *a-quo* para determinar la cuantía presupuesto del municipio.

Tampoco le asiste razón al apelante cuando expresa que tanto la solicitud de suspensión provisional como la providencia que la ordena no llenan los requisitos exigidos por el numeral 2o. del artículo 152 del C.C.A., dado que, precisamente se satisfizo dicha exigencia ya que se estimó por el *a-quo* que existía violación manifiesta del artículo 305 del Código de Régimen Municipal. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo No. 042 de 4 de mayo de 1992, "por el cual se crea la Contraloría Municipal y se le asignan sus funciones", expedido por el Concejo Municipal de Buenavista (Sucre).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (.992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente N^{o}. 2100. Recurso de apelación contra el auto de 29 de Mayo de 1992, del Tribunal Administrativo de Sucre. Actor: Felipe Luna Salas.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor Eder Tomás Ucrós Piedrahíta, tercero impugnante, contra el auto de 29 de Mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, en cuanto decretó la suspensión provisional del Acuerdo Municipal demandado.

I.- ANTECEDENTES.

El abogado y ciudadano Felipe Luna Salas, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre, a fin de que se decrete la nulidad del Acuerdo número 042 de 4 de Mayo de 1992 "Por el cual se crea la Contraloría Municipal y se le asignan sus funciones", expedido por el Concejo Municipal de Buenavista (Sucre).

I.1.- El Tribunal Administrativo de Sucre, mediante auto de 14 de Mayo de 1992 dispuso, que para efectos de la admisión de la demanda aportara el actor, la certificación del Presupuesto Anual Ordinario del Municipio de Buenavista, en el término de cinco (5) días.

I.2.- El actor, en escrito de 21 del mismo mes y año y dentro del término concedido, adicionó la demanda en el sentido de invocar como disposición violada por el acto acusado, el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 y con fundamento en dicha violación impetra la suspensión provisional.

I.3.-El Tribunal Administrativo de Sucre, una vez allegada de manera oportuna la documentación requerida, admitió la demanda y decretó la medida precautoria del acto impugnado, a través del auto de 29 de Mayo del presente año, el cual fue apelado por el señor Eder Tomás Ucrós Piedrahíta.

II.- EL AUTO RECURRIDO.

Para decretar la suspensión provisional deprecada, el Tribunal Administrativo de Sucre, razonó así:

Le asiste razón al actor en su petición de suspensión provisional, por cuanto basta observar que el Acuerdo número 042 de cuatro (4) de Mayo del presente año, es manifiestamente violatorio del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986.

El Acuerdo cuestionado no reúne los requisitos de la norma citada, ya que según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, el presupuesto anual del Municipio de Buenavista (Sucre) para el año de 1992 es de $137.860.000,oo. De esta suma, $128.060.000,oo son participaciones, por lo tanto deben desestimarse, quedando sólo $9.791.000,oo, suma insuficiente ya que para la época de aprobación del Acuerdo que creó la Contraloría Municipal de Buenavista (Sucre) se requería un presupuesto de $168.192.695,oo de acuerdo con el índice acumulativo del DANE.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El tercero impugnante, para solicitar la revocatoria de la suspensión provisional decretada, adujo lo siguiente:

El actor citó como violadas normas constitucionales que no encajan en el presente asunto (artículos 302 y 305 numeral 10º de la Constitución Nacional).

En cuanto a las normas legales invocadas como infringidas "...alegando vicios de formación del acuerdo atacado, tampoco se dan los presupuestos por cuanto las pruebas aducidas en la inspección judicial no arrojan la presencia de las actas; más bien se devuelven como un búmerang. Además, dichas inspecciones fueron limitadas y no se solicitó (sic) los demás documentos que suelen ser necesarios como publicación y envío para la revisión del Gobernador.".

La petición de suspensión provisional no llena los requisitos del numeral 2º del artículo 152 del C.C.A. Esta mínima exigencia procesal debe coincidir, ser real y confrontarse. Las normas citadas por el actor no concuerdan con los hechos de la pretensión invocada. La petición de suspensión provisional no fue adicionada por el actor, lo que no daba lugar a la suspensión provisional por ser inconsistente e incoherente la manifestación de la infracción.

La suspensión provisional decretada no está acorde con lo pedido por el actor.

Es "...incontrastable que una norma como el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, que no está acorde a la nueva Constitución en su espíritu de descentralización, prevalezca y esté por encima de la Carta Magna...". Ello remite al artículo 9º de la Ley 153 de 1887 que indica que toda norma que se oponga a ese espíritu de la Carta se desechará como "INSUBSISTENTE".

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Las censuras planteadas por el tercero impugnante contra el decreto de suspensión provisional del Acuerdo Municipal enjuiciado, serán analizadas en el mismo orden en que han sido planteadas:

Respecto a la primera censura que se hace consistir en que el actor en su memorial de petición de la medida precautoria indicó la violación de normas constitucionales que no encajan en el asunto examinado como los artículos 302 y 305 numeral 10º de la Constitución Nacional, la Sala considera que tal afirmación carece de relevancia jurídica, toda vez que la medida precautoria aparece sustentada en la violación manifiesta del artículo 305 del Decreto-Ley 1333 de 1986, invocado por el actor, y no en las citadas normas constitucionales.

Respecto de la segunda censura, que se contrae a que en cuanto a las normas legales invocadas como transgredidas tampoco se dan los presupuestos requeridos, toda vez que la diligencia de inspección judicial -aportada como prueba anticipada, anota la Sala-, además de haber sido limitada no arroja la presencia de las actas, cabe idéntico predicamento. Esta censura tampoco es atendible ya que está concebida en términos ininteligibles, además de que no se formula ni concreta censura alguna sobre la exclusión de las participaciones que hizo el Tribunal a-quo para determinar la cuantía del Presupuesto del municipio de Buenavista.

No le asiste razón al recurrente cuando afirma que la petición provisional no fue adicionada, que sólo lo fue la demanda, dado que el actor en el mismo escrito en que se adicionó ésta hizo manifestación expresa en el sentido de incluir como disposición violada el artículo 305 del Código de Régimen Municipal señalándola como "...razón muy poderosa para que proceda la suspensión provisional del acto acusado, pues si se hace una simple confrontación aritmética de las sumas a que asciende el Presupuesto para la vigencia fiscal de 1991 (sic) con los CINCUENTA MILLONES ($50.000.000) y su reajuste anual y acumulativo de acuerdo con el porcentaje de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor, se llegará a la conclusión de que es procedente la suspensión provisional".

Tampoco le asiste razón al apelante cuando expresa que tanto la solicitud de suspensión provisional como la providencia que la ordena no llenan los requisitos exigidos por el numeral 2° del artículo 152 del C.C.A., dado que, precisamente, se satisfizo dicha exigencia ya que se estimó por el *a-quo* que existía violación manifiesta del artículo 305 del Decreto-Ley 1333 de 1986.

Las consideraciones precedentes demuestran que ninguno de los cargos planteados por el recurrente tienen la entidad necesaria para desvirtuar el decreto de suspensión provisional, razón suficiente para que se confirme el proveído que así lo dispuso.

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

RESUELVE:

Se confirma el auto apelado.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ TERCEROS/ DERECHO NUEVO/ CADUCIDAD

Cuando por una decisión oficiosa de la propia administración que dictó el acto se revoca un acto administrativo notificado y ejecutoriado o no, o por decisión provocada por interesado en la actuación administrativa se procede a lo mismo y la decisión trae aparejadas lesiones de derechos subjetivos o de intereses legítimos de un tercero interesado en aquella, o con la nueva decisión se crea un derecho nuevo, no sólo existe la posibilidad de impugnar la nueva decisión ante la propia administración, sino que, igualmente, existe la posibilidad de llevar el asunto al contencioso administrativo, mediante las acciones de nulidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2067. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Recurso de apelación del auto inadmisorio de la demanda, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Sociedad Auros-Copimac Ltda. y Jaime Ramírez Romero.

Los demandantes dentro del proceso de la referencia, por conducto de su apoderado especial, dentro de la oportunidad legal para ello, interpusieron para ante esta Corporación recurso de APELACION contra la providencia

dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, con fecha abril treinta (30) del presente año, en cuanto por ella se resolvió inadmitir la demanda promovida por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para adoptar su decisión, el *a-quo* consideró, en síntesis, que de conformidad con el artículo 138 del C.C.A. sólo podía demandarse la Resolución No.255 del 31 de julio de 1991, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, notificada por edicto el 12 de agosto del mismo año y desfijado el 26 del mismo mes y año, por la cual se revocó directamente un acto administrativo anterior, dentro de los cuatro meses siguientes, es decir, a más tardar el día 26 de diciembre de 1991, y que como la demanda se presentó el 19 de marzo de 1992, se había producido para esa fecha el fenómeno de la caducidad de la acción.

Consideró, además, que el término caducidad de la acción no podía contarse desde la fecha de la notificación de la providencia que rechazó los recursos de reposición y de apelación, por cuanto estos no eran viables o procedentes por ir dirigidos contra una decisión administrativa de revocatoria directa.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION.

El señor apoderado de los accionantes-recurrentes, solicita la revocatoria de la providencia de inadmisión de la demanda, para que en su lugar se le de curso a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho promovida, por las siguientes razones:

1a. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de lo dispuesto por el art. 5o. del Decreto 1919 de 1986, y a instancia de los demandantes, venía conociendo de la solicitud de regulación del canon de arrendamiento sobre el inmueble ocupado por éstos a título de arrendatarios, actuación que incluso llegó al punto de ser proferida la Resolución No. 104 de 2 de abril de 1991, que efectivamente reguló el canon mensual en la suma de $95.394,40 y ordenó al arrendador la devolución a los inquilinos de la sumas pagadas por éstos en exceso de lo legal, estimadas en la cantidad de $5.836.661,60.

2a. Este acto de la administración, el que reguló el canon, no fue notificado al arrendador porque estando el expediente al despacho para ser proferida la decisión final, acaeció el fallecimiento del mismo arrendador, señor Campo Aníbal Toledo, lo que en términos procesales significó que "la actuación administrativa no había llegado a su fin".

3a. El acto administrativo que puso fin a la actuación administrativa, entonces, fue la Resolución No. 255 del 31 de julio de 1991, *que directa y oficiosamente*, y no a solicitud de parte, revocó aquel acto que había fijado el canon mensual de arrendamiento.

En consecuencia, si la Resolución No. 255 del 31 de julio de 1991, puso fin a la actuación administrativa, contra ella eran procedentes los recursos de reposición y apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50 del C.C.A.

4a. La parte motiva de la providencia impugnada incurre en un yerro de interpretación de lo dispuesto por el art. 72 del C.C.A. -"Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas"-, pues en el evento sublite no ha habido petición de revocación de donde pueda inferirse que se trate de un "recurso adicional pretendido por el solicitante" para que se convierta en un mecanismo para prolongar los términos para acudir a la jurisdicción de lo contencioso. Disponer lo contrario, es decir "poner fin a la actuación de la Administración", sin dar oportunidad al administrado afectado de interponer los recursos de ley contra el acto lesivo, no es otra cosa que cercenar su derecho a la restauración de su patrimonio jurídico.

5a. Por otra parte, dispone el inciso 2o. del art. 1o. del C.C.A. que "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles".

Y, estableciendo el Decreto 1919 de 1986, en sus artículos 5o. y siguientes un procedimiento administrativo *especial*, para la regulación del canon mensual que está obligado a pagar un arrendatario de vivienda urbana, en donde claramente se preceptúa que "Contra las providencias que pongan fin a la actuación administrativa aquí prevista procederán..." los recursos de reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión y el de apelación para ante el inmediato superior jerárquico, resulta evidente que la Resolución 255 de 1991, al revocar directa y oficiosamente el acto que previamente había fijado el canon a pagar por parte de mis representados, estaba resolviendo *de fondo* la razón de ser de la actuación administrativa y, por tanto, por ser ese el acto finalizador de la actuación del Ejecutivo, contra él eran procedentes los recursos mencionados, en obedecimiento a la imperativa norma especial que regula la materia.

6a. Finalmente, el apoderado de los recurrentes expresa que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el rechazo de los recursos en la vía gubernativa no implica que el término de caducidad de la acción se contabilice

desde la ejecutoria del acto recurrido, sino desde la notificación del acto que rechaza el recurso.

En consecuencia, y dado que en el presente caso la demanda fue presentada dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto que rechazó los recursos procedentes, el auto impugnado, que rechazó la demanda, debe ser revocado.

La parte demandada, no utilizó el término que se le concedió en esta segunda instancia para que se refiriera al recurso de apelación que ocupa la atención de la Sala.

III. LA DECISION.

Para decidir, *se considera*:

1a. Como ya se vio, mediante Resolución No.104 de abril 2 de 1991, la Superintendencia de Industria y Comercio reguló el canon de arrendamiento para el año de 1990, del inmueble situado en Bogotá tomado por los demandantes al señor Campo Aníbal Toledo, y, como consecuencia de ello, ordenó a éste devolver los excedentes cancelados por los arrendatarios, los cuales ascienden a la suma de $5.836.661.60, lo cual debería hacerse dentro de un plazo de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha providencia.

2a. Con fecha 3 del mismo mes y año, la Secretaría de la Superintendencia envió telegrama a las partes interesadas en la actuación administrativa, a efectos de que comparecieran a ese Despacho a recibir notificación personal de la citada resolución.

3a. El día 8 de abril de 1991 se presentó una de las partes, el abogado Ernesto De Francisco Lloreda, en su calidad de apoderado de los arrendatarios, ahora demandantes, quien se notificó personalmente del proveído en mención.

El señor Campo Aníbal Toledo no se presentó a notificarse personalmente, razón por la cual se procedió a notificarlo por edicto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45 del C.C.A.

4a. El día 2 de mayo de 1991, la señora Ana Dolores Cruz Velandia informó a la Superintendencia que el señor Campo Aníbal Toledo, falleció el 3 de diciembre de 1990, y para demostrarlo anexó el correspondiente certificado de defunción.

5a. Posteriormente, la señora Inés Serrano de Toledo, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, con fundamento en el hecho de haber fallecido el señor Toledo en el mes de diciembre de 1990, solicitó la declaratoria de "nulidad de todo lo actuado a partir del día 2 de diciembre de

1990..", por cuanto por imperativo legal (art. 168 del C.de P.C.), desde la fecha atrás indicada el proceso se interrumpió.

6a. La Superintendencia de Industria y Comercio, en lugar de considerar esa solicitud de nulidad de todo lo actuado en el proceso administrativo en razón de la muerte de una de las partes en el mismo, el señor Toledo, resolvió hacer uso de la facultad que le confiere a la Administración el artículo 69 del C.C.A. y procedió a revocar directamente de oficio la Resolución No. 104 de 2 de abril de 1991 dictada por ella misma, y, como consecuencia de ello, ordenó que "Una vez notificada la presente providencia", se procediera a archivar el expediente.

Consideró la Superintendencia que "De conformidad a la teoría contravencional, la muerte del contraventor extingue la respectiva acción puesta en marcha por el Estado, toda vez que la responsabilidad contravencional es esencial y exclusivamente personal e intransferible a los herederos".

"Este fenómeno - agrega - se explica porque la punibilidad presupone la existencia del sujeto activo de la infracción sobre quien recae la potestad sancionatoria del Estado; su muerte deja sin sujeto al delito o contravención cometidos, con lo que su presupuesto esencial desaparece. Es la aplicación no absoluta desde luego, del viejo aforismo latino: *mors omnia solvit* (la muerte lo deshace todo)". Derecho Penal parte general ALFONSO REYES ECHADIA 10a. Edición, página 368".

7a. Los arrendatarios afectados con esa decisión de revocatoria directa, interpusieron recursos de reposición, y en subsidio el de apelación contra la precitada Resolución, los cuales fueron rechazados por improcedentes por la Administración, por considerar que iban dirigidos contra una decisión de revocatoria directa que no es impugnable a través de los recursos gubernativos ordinarios (Res. 418 de octubre 24/91, notificada por Edicto desfijado el 19 de Noviembre del mismo año).

8a. Como consecuencia de todo ello, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se endereza a obtener la declaratoria de nulidad de la resolución que revocó directamente la inicial y la de la resolución que rechazó los recursos de reposición y de apelación por improcedentes, por considerar que es real y efectivamente con ellas que culminó la actuación administrativa.

9a. La Sala no puede en este momento, por no ser la oportunidad procesal para ello, entrar a analizar el proceder administrativo que culminó con la expedición de los dos actos jurídicos enjuiciados, para llegar a una conclusión sobre si fue correcta la decisión de revocar de oficio la resolución inicial fundamentada en la consideración expuesta, propia de las materias referentes a los delitos y a las contravenciones, y no de las materias de la competencia

de las autoridades administrativas como la atinente a la inspección y vigilancia de las actividades relativas al arrendamiento de vivienda Urbana, y a la imposición de las *sanciones administrativas* consagradas en la ley (Ley 56 de 1985 y decreto reglamentario 1919 de 1986), o si, por el contrario, lo procedente era atender a la petición de declarar nulo todo lo actuado en el proceso administrativo correspondiente en los términos del artículo 168 del C. de P. C. - sobre interrupción de un proceso por muerte de una de las partes o de sus representantes o apoderados-, por ser viable la aplicación por remisión de dicha norma a la actuación administrativa, si es que la actuación administrativa se adelantó sin la intervención de ese tercero, el señor Toledo, determinado, que estaba, indubitablemente, interesado en las resultas de la decisión, como lo prescribe el art. 14 del C.C.A., aspecto que no aparece, por ahora, establecido en el expediente. Y, si por otra parte, se quebrantó o no el art. 73 del C.C.A., que prohibe revocar directamente actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, sin el previo y escrito consentimiento del titular o titulares de ellas.

10a. Sentada la premisa anterior, para la Sala es claro que la demanda debe ser admitida, por las siguientes razones:

a)No se está en presencia del caso o situación prevista en el artículo 72 del C.C.A., pues es evidente que los actos administrativos acusados no fueron la consecuencia de una petición de revocación directa formulada por parte interesada en la actuación administrativa, con la cual una de ellas buscaran revivir el término de caducidad para el ejercicio de la correspondiente acción contencioso-administrativa.

Los actos acusados fueron, como se ha visto, la consecuencia de una decisión oficiosa de la Administración, tomada con fundamento en una concepción doctrinaria y jurisprudencial propia del derecho penal, independiente, por lo demás, de si la resolución que se iba a revocar se había dictado con violación de alguna norma de orden constitucional o legal, que es una de las causales señaladas en el art. 69 del C.C.A. para que proceda la medida.

b) Si ello es así, como indubitablemente lo es, claro es, entonces, que cuando por decisión oficiosa de la propia Administración que dictó el acto se revoca un acto administrativo notificado y ejecutoriado o no, o por decisión provocada por interesado en la actuación administrativa se procede a lo mismo, y la decisión trae aparejadas lesiones de derechos subjetivos o de intereses legítimos de un tercero interesado en aquella, o con la nueva decisión se crea un derecho nuevo, no sólo existe la posibilidad de impugnar la nueva decisión ante la propia Administración, a través de los recursos de reposición y de apelación, si existe un superior jerárquico, para buscar que el órgano o autoridad que ejerce la función administrativa reexamine su pronunciamiento, oficioso o provocado, y se confirme en la decisión o la modifique, aclare o

revoque, tanto más en casos como el presente en donde no hubo la oportunidad de controvertir el pronunciamiento a través de los denominados recursos de la vía gubernativa, sino que, igualmente, existe la posibilidad de llevar el asunto al contencioso-administrativo, mediante las acciones de nulidad, para que el juez que ejerce el control de legalidad sobre los actos de Administración, analice si procedía o no la decisión, oficiosa o provocada, si se lesionaron o no derechos subjetivos o intereses legítimos de una de las partes en la actuación o de un tercero interesado en ella, o si el nuevo derecho que se creó mediante el acto jurídico que revocó otro que lo había negado o reconocido en otros términos, se reconoció en los términos de la Constitución y de la ley, como tuvo oportunidad de expresarlo, en caso similar de creación de un nuevo derecho, ésta Corporación en sentencia de 10 de diciembre de 1973, Sección Segunda, ponente Alvaro Orejuela Gómez, confirmatoria de la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha octubre 26 del mismo año, ponente Dra. Clara Forero de Castro, actor: Anunciación Corredor vda. de Barrero.

Y claro, es también, que en esos eventos, la caducidad de la acción que se debe enderezar contra la decisión - o decisiones que surgen de la revocatoria directa, oficiosa o provocada, que eventualmente lesiona derechos subjetivos o intereses legítimos de otra persona, o crea un derecho nuevo, debe empezar a correr a partir del día de publicación, notificación o ejecución del acto administrativo a demandar, según el caso, como lo prescribe la regla del inciso segundo del art. 136 del C. C. A.

En consecuencia, el recurso de apelación está llamado a prosperar, y como, por otra parte, la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. REVOCAR la providencia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 30 de abril de 1992, dentro del proceso de la referencia.

2o. Admítese la demanda promovida por la sociedad "AUROS COPIMAC LTDA." y JAIME RAMIREZ ROMERO, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 255 y 418 de 1991, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Téngase como demandada a la NACION - Superintendencia de Industria y Comercio-.

Como consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

b) Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Industria y Comercio, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

c) Depositen los demandantes en la Secretaría de la Sección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) para gastos del proceso.

d) Solicítese a la Secretaría de la Superintendencia de Industria y Comercio, la remisión de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

e) Por tener interés directo en las resultas del proceso, notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda a los herederos del señor CAMPO ANIBAL TOLEDO, conforme a la información que suministren los demandantes y en las direcciones por ellos anotadas, y si ello no fuere posible, en la forma prescrita en el art. 207-3 del C. C. A.

f) Fíjese el negocio en lista por el término de ley, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para el cumplimiento de lo resuelto.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/ CONTRATO DE CONCESION DE APUESTAS PERMANENTES/ REGALIAS/ POTESTAD REGLAMENTARIA -Límites

El artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982, reproducido en el artículo 202 del decreto 1222 de 1986 continúa vigente y, en consecuencia, corresponde al Gobierno reglamentar el juego de apuestas permanentes con premios en dinero, reglamentación esta que será uniforme para los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales. Ello implica para esta materia específica una excepción a lo preceptuado en el artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y en los artículos 211 y 212 del Código de Régimen Departamental, sobre distribución de competencias entre la ley y los departamentos y municipios en materia contractual. Estando claro que se trata de una regalía, el articulo 1o. del Decreto 1988 de 1987 que consagra el 10, a título de regalía, amplía el alcance de la norma que reglamenta (art. 1o. del Decreto-Ley 386 de 1983), y que está vigente conforme lo previsto en el artículo 38 del Decreto 1222 de 1986, ya que ésta solo prevé, a título de regalía, un valor equivalente al 6 del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. Nada impide que el acusado exija un anticipo que permita ir recaudando ingresos por concepto de regalías , para poder desarrollar los fines previstos en la ley, cuales son los programas que adelantan los servicios Seccionales de Salud.

DECLARA LA NULIDAD de los siguientes artículos del Decreto 1988 de 1987 expedido por el Presidente de la República: 1o., 4o. y 6o. en cuanto a la frase "cada entidad concedente emitirá un solo tipo de formulario oficial".

DECLARASE LA NULIDAD de los siguientes artículos del Decreto 2527 de 1987 expedido por el Presidente de la República: 6o. en expresión "El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud según el caso " y 7o. en su integridad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C.,veintiocho (28) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 896. Actor: Alberto Montoya Montoya.

Por haber sido negada la ponencia presentada por el Consejero Sustanciador del proceso, doctor Miguel González Rodríguez, procede la Sala a adoptar la decisión sobre una nueva ponencia, la cual, no obstante, se basa en el proyecto anterior, con las modificaciones necesarias.

El ciudadano Alberto Montoya Montoya, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad frente a los Decretos Nos. 1988 de 1987 "por el cual se reglamentan la Ley 1a. de 1982, el Decreto 386 de 1983, el capítulo XVI del título VI del decreto 1222 de 1986 y se modifica el Decreto 033 de 1984, sobre el juego de apuestas permanentes "-, y 2527 de diciembre 30 de 1987 " por el cual se reglamentan la Ley 1a. de 1982, el Decreto-Ley 386 de 1983, el capítulo XVI del título VI del Decreto Ley 1222 de 1986, y se modifican parcialmente los Decretos 033 de 1984 y 1988 de 1987, sobre el juego de apuestas permanentes", expedidos por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y crédito Público y de Salud.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS

Señala el actor como quebrantadas las siguientes normas: artículo 1o. del Decreto 386 de 1983, ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, 182 y 183 ibídem, 5o. de la Ley 19 de 1982, 1o. inciso final del Decreto 222 de 1983 y 158 del C.C.A.

Hace consistir el actor el concepto de la violación así:

a.- En cuanto al Decreto 1988 de 1987.

1o.- Que el artículo 1o. y su correspondiente parágrafo, desconocen ostensiblemente el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 386 de 1983 pues el Presidente de la República en el reglamento excedió el impuesto o regalía

revoque, tanto más en casos como el presente en donde no hubo la oportunidad de controvertir el pronunciamiento a través de los denominados recursos de la vía gubernativa, sino que, igualmente, existe la posibilidad de llevar el asunto al contencioso-administrativo, mediante las acciones de nulidad, para que el juez que ejerce el control de legalidad sobre los actos de Administración, analice si procedía o no la decisión, oficiosa o provocada, si se lesionaron o no derechos subjetivos o intereses legítimos de una de las partes en la actuación o de un tercero interesado en ella, o si el nuevo derecho que se creó mediante el acto jurídico que revocó otro que lo había negado o reconocido en otros términos, se reconoció en los términos de la Constitución y de la ley, como tuvo oportunidad de expresarlo, en caso similar de creación de un nuevo derecho, ésta Corporación en sentencia de 10 de diciembre de 1973, Sección Segunda, ponente Alvaro Orejuela Gómez, confirmatoria de la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha octubre 26 del mismo año, ponente Dra. Clara Forero de Castro, actor: Anunciación Corredor vda. de Barrero.

Y claro, es también, que en esos eventos, la caducidad de la acción que se debe enderezar contra la decisión - o decisiones que surgen de la revocatoria directa, oficiosa o provocada, que eventualmente lesiona derechos subjetivos o intereses legítimos de otra persona, o crea un derecho nuevo, debe empezar a correr a partir del día de publicación, notificación o ejecución del acto administrativo a demandar, según el caso, como lo prescribe la regla del inciso segundo del art. 136 del C. C. A.

En consecuencia, el recurso de apelación está llamado a prosperar, y como, por otra parte, la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. REVOCAR la providencia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 30 de abril de 1992, dentro del proceso de la referencia.

2o. Admítese la demanda promovida por la sociedad "AUROS COPIMAC LTDA." y JAIME RAMIREZ ROMERO, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 255 y 418 de 1991, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Téngase como demandada a la NACION - Superintendencia de Industria y Comercio-.

Como consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

b) Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Industria y Comercio, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

c) Depositen los demandantes en la Secretaría de la Sección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) para gastos del proceso.

d) Solicítese a la Secretaría de la Superintendencia de Industria y Comercio, la remisión de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

e) Por tener interés directo en las resultas del proceso, notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda a los herederos del señor CAMPO ANIBAL TOLEDO, conforme a la información que suministren los demandantes y en las direcciones por ellos anotadas, y si ello no fuere posible, en la forma prescrita en el art. 207-3 del C. C. A.

f) Fíjese el negocio en lista por el término de ley, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para el cumplimiento de lo resuelto.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/ CONTRATO DE CONCESION DE APUESTAS PERMANENTES/ REGALIAS/ POTESTAD REGLAMENTARIA -Límites

El artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982, reproducido en el artículo 202 del decreto 1222 de 1986 continúa vigente y, en consecuencia, corresponde al Gobierno reglamentar el juego de apuestas permanentes con premios en dinero, reglamentación esta que será uniforme para los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales. Ello implica para esta materia específica una excepción a lo preceptuado en el artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y en los artículos 211 y 212 del Código de Régimen Departamental, sobre distribución de competencias entre la ley y los departamentos y municipios en materia contractual. Estando claro que se trata de una regalía, el articulo 1o. del Decreto 1988 de 1987 que consagra el 10, a título de regalía, amplía el alcance de la norma que reglamenta (art. 1o. del Decreto-Ley 386 de 1983), y que está vigente conforme lo previsto en el artículo 38 del Decreto 1222 de 1986, ya que ésta solo prevé, a título de regalía, un valor equivalente al 6 del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. Nada impide que el acusado exija un anticipo que permita ir recaudando ingresos por concepto de regalías , para poder desarrollar los fines previstos en la ley, cuales son los programas que adelantan los servicios Seccionales de Salud.

DECLARA LA NULIDAD de los siguientes artículos del Decreto 1988 de 1987 expedido por el Presidente de la República: 1o., 4o. y 6o. en cuanto a la frase "cada entidad concedente emitirá un solo tipo de formulario oficial".

DECLARASE LA NULIDAD de los siguientes artículos del Decreto 2527 de 1987 expedido por el Presidente de la República: 6o. en expresión "El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud según el caso " y 7o. en su integridad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C.,veintiocho (28) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 896. Actor: Alberto Montoya Montoya.

Por haber sido negada la ponencia presentada por el Consejero Sustanciador del proceso, doctor Miguel González Rodríguez, procede la Sala a adoptar la decisión sobre una nueva ponencia, la cual, no obstante, se basa en el proyecto anterior, con las modificaciones necesarias.

El ciudadano Alberto Montoya Montoya, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad frente a los Decretos Nos. 1988 de 1987 "por el cual se reglamentan la Ley 1a. de 1982, el Decreto 386 de 1983, el capítulo XVI del título VI del decreto 1222 de 1986 y se modifica el Decreto 033 de 1984, sobre el juego de apuestas permanentes "-, y 2527 de diciembre 30 de 1987 " por el cual se reglamentan la Ley 1a. de 1982, el Decreto-Ley 386 de 1983, el capítulo XVI del título VI del Decreto Ley 1222 de 1986, y se modifican parcialmente los Decretos 033 de 1984 y 1988 de 1987, sobre el juego de apuestas permanentes", expedidos por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y crédito Público y de Salud.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS

Señala el actor como quebrantadas las siguientes normas: artículo 1o. del Decreto 386 de 1983, ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, 182 y 183 ibídem, 5o. de la Ley 19 de 1982, 1o. inciso final del Decreto 222 de 1983 y 158 del C.C.A.

Hace consistir el actor el concepto de la violación así:

a.- En cuanto al Decreto 1988 de 1987.

1o.- Que el artículo 1o. y su correspondiente parágrafo, desconocen ostensiblemente el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 386 de 1983 pues el Presidente de la República en el reglamento excedió el impuesto o regalía

que debe pagar el concesionario a la entidad concedente, por lo que al hacerlo violó precisamente la norma de derecho objeto de la reglamentación, y con ello el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886.

2o.- Que los artículos 3o. y su parágrafo 4o., 5o., 6o. y su correspondiente parágrafo; 7o.; inciso final del artículo 8o.; 10o. y su parágrafo 11 y su parágrafo 12 excepto los literales L y m; 13, 14 y 15 del Decreto acusado, en los cuales se determinan los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales; los requisitos de validez de los respectivos contratos y el establecimiento de multas por violación o desconocimiento de los contratos celebrados, son normas que reglamentan los artículos 9o. y 10o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de marzo de 1983, por lo que mal puede el Gobierno hacerlas objeto de reglamentación.

3o.- Que con el contrato de concesión regulado en las normas acusadas, es un contrato administrativo que no fue consagrado en la ley 19 de 1982, ni en el Decreto 222 de 1983, por lo que la competencia para este tipo de contratos, en lo que respecta a su formación, adjudicación y cláusulas, es atribución específica de los Departamentos a través de las Asambleas, en desarrollo del principio de la autonomía, y, el Gobierno, al llenar este vacío con las normas acusadas, violó ostensiblemente los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional de 1886; 5o. de la Ley 19 de 1982 y 1o. del inciso final del Decreto 222 de 1983.

4o.- Que el artículo 6o. del Decreto 1988 de 1987 al ordenar a cada entidad concedente emitir un solo tipo de formulario oficial, violó el artículo 1o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 que facultó a las loterías y beneficencias para emitir formularios de distintos valores o nominaciones y señaló precisamente el porcentaje que los concesionarios deben pagar sobre los valores respectivos, a la vez que también violó el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886 al recortar la función de las beneficencias de expedir formularios de distintas nominaciones o valores.

5o.- Que el Decreto 1988 de 1987 repitió o reprodujo los siguientes artículos del Decreto 033 de 1984, anulado por el Consejo de Estado:

a.) El inciso 3o. (sic) del Decreto 1988 de 1987 reprodujo por parte del inciso 2o. del artículo 27 del Decreto 033 de 1984.

b.) El artículo 12 del acto acusado reprodujo el artículo 34 del Decreto 033 de 1984.

c.) El inciso 2o. del artículo 10 del Decreto 1988 de 1987 reprodujo el artículo 28 del Decreto 033 de 1984.

d.) El artículo 12 del Decreto acusado reprodujo el artículo 12 del Decreto 033 de 1984.

e.) El artículo 14 del Decreto acusado reproduce el artículo 37 del Decreto 033 de 1984.

b. En cuanto al Decreto 2527 de 1987:

1o. Que el artículo 1o. del acto acusado excede los alcances del artículo 1o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 al reglamentar un anticipo de siete pesos por formulario vendido, cuando éste ordena pagar un tributo sobre el 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario y no sobre el costo del formulario.

2o. Que los artículos 3o., 4o., 6o., 7o. y 9o. del Decreto 2527 de 1987 desconocen los artículos 182 y 183 de la Constitución Política de 1886; artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y artículo 1o. inciso final del Decreto 222 de 1983, por cuanto al no existir una ley que regule el contrato de concesión de apuestas permanentes entre las loterías y los concesionarios, la competencia para llenar ese vacío corresponde a las Asambleas Departamentales y sólo ellas pueden regular y reglamentar su actividad contractual.

3o. Que igualmente el Gobierno al reglamentar el contrato de concesión tuvo como base normas legales que desaparecieron del escenario jurídico (art. 9o. y 10o. del Decreto 386 de 1983) por haber sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia, produciendo como consecuencia un acto totalmente nulo.

4o. Que el Gobierno reprodujo en los artículos acusados normas del Decreto 033 de 1984 que fueron anuladas por el Consejo de Estado, así:

a.) El artículo 3o. del Decreto 2527 de 1987 reproduce el artículo 27 del decreto 033 de 1984.

b.) El artículo 9o. del acto acusado reproduce el numeral 3o. literal A) Personas naturales y el numeral 2o. literal B) personas jurídicas, del art. 8o. al exigir al concesionario un requisito de capital mínimo de patrimonio líquido.

c.) El artículo 6o. del acto acusado reproduce el artículo 90 del Decreto 033 de 1984 en cuanto a las expresiones "el Ministerio de Salud, los servicios Seccionales de Salud", pues estas entidades pueden ejercer la inspección y vigilancia de las loterías o beneficencias sobre el juego de apuestas, pero no sobre los contratos que las loterías celebren con los concesionarios, ya que no es función del Ministerio ejercer el control sobre los concesionarios y mucho menos en relación con las agencias, vendedores, colocadores, libros, registros y relación de ventas.

5o. Que en conclusión, el Presidente excedió la facultad reglamentaria al alterar o modificar las normas de carácter general que la ley contiene sobre el juego de apuestas permanentes y por ello se viola el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Política de 1886.

II.- ACTUACION

Mediante proveído de fecha 29 de marzo de 1989 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los actos acusados , medida esta que fue revocada por auto de fecha 28 de septiembre de 1990.

Por providencia de fecha 2 de abril de 1991 se tuvo por no contestada la demanda de la Nación -Ministerio de Salud- por haber sido presentada extemporáneamente y se reconoció como parte impugnadora al abogado Luis Alberto Sierra Torres.

III.- CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

La Agente del Ministerio Público ante la Corporación considera que debe accederse a las pretenciones del libelo en cuanto a declarar la nulidad de los artículos 6o., 10o., inciso 2o. y 14 del Decreto 1988 de 1987, ya que en lo que atañe al artículo 6o. la norma superior es altamente permisiva respecto de la emisión de formularios de distintos valores o nominaciones , mientras que la norma reglamentaria es limitiva y, respecto a los artículos 10o. inciso 2o., 12 y 14, reproducen en esencia los artículos 28, 12, 34 y 37 del Decreto 033 de 1984, normas estas que fueron anuladas por el Consejo de Estado en sentencia de 7 de marzo de 1988, por lo que con base en el artículo 158 del C.C.A., procede su anulación.

Que en cuanto al artículo 1o. la norma reglamentaria se ocupa de materia diferente a la norma reglamentada, y, en lo atinente a los artículos 3o., 4o., 5o., 7o., 8o., 10o., 11, 13 y 15 no se ve el quebranto de la autonomía administrativa, además que en cuanto al Decreto 222 de 1983 al no indicar el accionante cuáles de sus normas fueron vulneradas, no cabe intentar confrontación alguna con dicho estatuto.

Que en lo relacionado con el Decreto 2527 de 1987, es procedente la nulidad de la expresión "El Ministerio de Salud, los servicios Seccionales de Salud..." del artículo 6o. por reproducir el artículo 90 del Decreto 033 de 1984 anulado por el Consejo de Estado; al igual que el artículo 9o. que reproduce el artículo 26 del citado Decreto.

Que en relación con el artículo 1o. que reglamenta el artículo 4o. de la ley 1a. de 1982, no se advierte quebranto alguno del artículo 1o. del Decreto 386 de 1983, ya que la norma reglamentada se refiere a un impuesto y la reglamentaria al anticipo de la regalía.

IV.- LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

Antes de entrar al estudio de los cargos planteados frente a los actos impugnados, se hace necesario hacer una reseña histórica de las normas que regulan el juego de apuestas permanentes para establecer cuáles de ellas se hallan vigentes y cuáles han de entenderse derogadas tanto para el momento en que se expidieron los actos acusados así como para cuando se dictó el Decreto 1222 de 1986.

Como lo ha venido reiterando esta Corporación en varias oportunidades, entre ellas, en las sentencias de 12 de febrero de 1988, 7 de marzo de 1988 y 14 de noviembre de 1991, y la Corte Suprema de Justicia en sus providencias de 17 de marzo de 1983 y 28 de abril de 1988, a través de la Ley 1a. de 1982 se autorizó el juego de apuestas permanentes con el fin de crear nuevas fuentes de financiación para los servicios seccionales de salud. De esta ley se encuentran derogadas, por mandato expreso del artículo 11 del Decreto Legislativo No. 0386 de 1983, las disposiciones contenidas en el parágrafo del artículo 3o. y el artículo 4o. con su correspondiente parágrafo.

Al expedirse el Decreto Legislativo No. 0386 de 1983, en su artículo 9o. reprodujo el parágrafo del artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982 al establecer la autorización al Gobierno Nacional para determinar los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales y la previa aprobación por parte del Ministerio de Salud para los contratos de concesión, y, en su artículo 10o., señaló la facultad del Gobierno para reajustar anualmente las multas teniendo en cuenta el incremento del índice de vida certificado por el Dane . Dichas normas fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de marzo de 1983, por considerarse que prorrogaban en el tiempo la facultad del artículo 122 de la Constitución Nacional de 1886.

Posteriormente se dictó el Decreto 0033 de 1984, reglamentario de la Ley 1a. de 1982 y del Decreto Legislativo No. 0386 de 1983, y, esta Corporación en sentencia de 7 de marzo de 1988, declaró la nulidad de los artículos 12, 26 a 42 y de las expresiones "El Ministerio de Salud y los Servicios Seccionales de Salud " contenidas en los artículos 88, 89 y 90 , por considerar que las materias reguladas en tales normas eran de competencia de las Asambleas Departamentales.

Al expedirse el Decreto 1222 de 1986, en sus artículos 194 a 204 se reguló el juego de apuestas permanentes. De estas disposiciones la Corte

Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de abril de 1988, declaró inexequibles el parágrafo del artículo 200 y el artículo 201 con su respectivo parágrafo, que autorizaban a las loterías de Bogotá y Cundinamarca para establecer juego de apuestas permanentes o para organizar un único juego, y, a las loterías o beneficencias para emitir formularios de distintos valores o nominaciones por los cuales pagarían los concesionarios el 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario, así como la facultad del Gobierno Nacional para determinar los requisitos que los concesionarios debían reunir para ser aceptados como tales y la aprobación previa del Ministerio de Salud para la validez del contrato de concesión, por reproducir normas derogadas, como lo son el parágrafo del artículo 3o. y el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982.

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 338 del Decreto 1222 de 1986 en el sentido de que "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", es decir, las relativas a la organización y funcionamiento de la administración departamental que es la materia de que se ocupa el Decreto 1222 de 1986, según se lee en su artículo 339, hay que concluir que para la época en que se expidieron los actos acusados así como el Decreto 1222 de 1986, estaban vigentes, y continúan estándolo, los artículos 1o., 2o., 3o. excepto su parágrafo, 5o., 6o., 7o. y 8o. de la Ley 1a. de 1982; todo el articulado del Decreto 0386 de 1983 con excepción de los artículos 9o. y 10o.; 1o. a 11, 13 a 25 y 43 a 90 excepto las expresiones "El Ministerio de Salud y los Servicios seccionales de Salud" contenidas en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto 0033 de 1984.

De lo anterior se infiere que el artículo 5o de la Ley 1a. de 1982, reproducido en el artículo 202 del decreto 1222 de 1986 continúa vigente y, en consecuencia, corresponde al Gobierno reglamentar el juego de apuestas permanentes con premios en dinero, reglamentación esta que será uniforme para los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los territorios Nacionales.

Debe entenderse pues que en la competencia para la reglamentación que según la ley compete hacer al Gobierno en relación con el juego de apuestas permanentes, se comprenden todos los aspectos referentes al mismo, reglamentación que como ya se dijo, debe ser uniforme en todo el país, lo cual tendrá que ver , por ejemplo, con la identificación y características del juego, el tope máximo de las apuestas , la cancelación de los premios a los apostadores, la devolución de las apuestas en caso de anulación del juego, el valor de las regalías, la destinación de los ingresos provenientes del juego, el régimen de sanciones y correctivos que deben aplicar las loterías o beneficencias en caso de presentarse situaciones que alteren las condiciones previstas para la realización o desarrollo del juego, etc., así como lo referente

al contrato de concesión que celebren las loterías o beneficencias (entidad concedente) con los particulares (concesionarios), en los casos en que el juego no se explote directamente por dichas entidades.

Lo anterior quiere decir que el artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982, reproducido en el artículo 202 del Decreto 1222 de 1986, al prever la reglamentación uniforme a que se ha hecho mención, implica para esta materia específica una excepción a lo preceptuado en el artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y en los artículos 211 y 212 del Código de Régimen Departamental, sobre distribución de competencias entre la ley y los departamentos y municipios en materia contractual.

Con base en los lineamientos trazados, en primer término corresponde a la Sala pronunciarse sobre los cargos planteados frente al Decreto 1988 de 1987.

En lo que respecta al artículo 1o. que según el actor es violatorio del artículo 1o. del Decreto 386 de 1983 y del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1986, le asiste razón. En efecto:

En sentencia de fecha 17 de marzo de 1983 al estudiar la Corte Suprema de Justicia la exequibilidad del Decreto Legislativo 386 de 1983, consideró que los derechos que deben pagar los concesionarios no tienen el carácter de impuestos sino que se asimilan al de regalías, y que no obstante contener el artículo 1o. una mención antitécnica cuando se refiere al "impuesto correspondiente", no incide en su constitucionalidad.

De otra parte, el Decreto 033 de 1984 en su artículo 8o. estatuye que el valor que los concesionarios deben pagar a las Loterías, Beneficencias o Servicios Seccionales de Salud para cada formulario, CONSTITUYE LA REGALIA que se causa a través del Estado por la explotación del juego, CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1o DEL DECRETO 386 DE 1983 , y que está destinado a programas de salud.

Entonces, estando claro que se trata de una regalía, el artículo 1o. del Decreto 1988 de 1987 que consagra el 10%, a título de regalía, amplía el alcance de la norma que reglamenta (art. 1o. del Decreto 386 de 1983), y que está vigente conforme lo previsto en el artículo 338 del Decreto 1222 de 1986, ya que ésta sólo prevé, a título de regalía un valor equivalente al 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. Por esta razón, habrá de accederse a las súplicas de la demanda en cuanto al artículo 1o. del Decreto acusado se refiere.

En lo tocante al cargo frente a los artículos 4o. y 6o. que se refieren a la emisión de un sólo tipo de formulario oficial y a las características del mismo , también asiste razon al actor, pues el artículo 1o. del Decreto 386

de 1983 autoriza a las Loterías o Beneficencias para emitir formularios de distintos valores o nominaciones . Por ello no sólo se contraría la norma reglamentada sino que restringe el alcance de la misma por lo que a su vez se vulnera el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta Política de 1886, pues, no es dable al Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria, inmiscuirse en una competencia que la Ley atribuyó a las Loterías o Beneficencias de emitir o no, como expresión de su autonomía, formularios de distintos valores o nominaciones, determinando las características de los mismos. Por esta razón habrá de declararse la nulidad del artículo 4o. y de la frase "cada entidad concedente emitirá un sólo tipo de formulario oficial" contenida en el artículo 6o.

Censura el actor el inciso final del artículo 8o., el artículo 10o. y su correspondiente parágrafo, los artículos 11 y su parágrafo, 12 y 13, por vulnerar los artículos 5o. de la ley 19 de 1982, inciso final del artículo 1o. del Decreto 222 de 1983; y 182 y 183 de la Constitución Nacional de 1886.

Considera la Sala que el inciso final del artículo 8o. que trata de las cláusulas de los contratos de concesión; el artículo 10o. y su correspondiente parágrafo que estatuye la revisión de los contratos concesión por parte del Ministerio de Salud; los artículos 11 y su parágrafo y 12 que imponen obligaciones a los concesionarios y el artículo 13 que regula la licencia de funcionamiento, son normas que hacen parte de la regulación del juego de apuestas permanentes, respecto de lo cual, como ya quedó establecido, el Gobierno tiene la facultad de reglamentar de manera uniforme, en virtud de lo previsto expresamente en el artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982 y en el artículo 202 del Decreto 1222 de 1986, sin que, en consecuencia, pueda predicarse su ilegalidad.

No prosperan tampoco las súplicas del libelo frente a los artículos 3o. y su parágrafo que consagran la obligación del pago de la regalía y la multa en caso de incumplimiento; 5o. que prevé un anticipo a título de regalía; 7o. que establece la invalidez del juego que exceda el tope máximo de la apuesta; 14 en cuanto regula la expedición de un carné o credencial a los vendedores y, 15, que señala el destino de los dineros recaudados por concepto del juego, por tratarse de aspectos inherentes al juego mismo, y, por lo mismo, su regulación también compete al Gobierno Nacional en virtud de lo establecido en los artículos 5o. de la Ley 1a. de 1982 y 202 del Decreto 1222 de 1986.

En relación con el argumento consistente en que los artículos 8o. inciso tercero, 10 inciso segundo, 12 y 14 del Decreto 1988 de 1987 repitieron o reprodujeron normas del Decreto 033 de 1984, anuladas por el Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de marzo de 1988 (Sección Primera), por lo cual sería aplicable el artículo 158 del C.C.A. que prohibe reproducir actos anulados o suspendidos, dicho cargo no es de recibo para la Sala por las siguientes razones:

a) Mediante sentencia del 17 de marzo de 1983, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto Legislativo No. 386 de 1983, con la única excepción de sus artículos 9o. y 10, estos últimos declarados inconstitucionales por las exclusivas razones de que "sus disposiciones envuelven una prórroga de las facultades temporales que para la emergencia otorga al Gobierno el artículo 122, así la facultad postergada tenga como referencia los incrementos de costo de vida establecidos por el DANE", en relación con el artículo 10, y porque lo mismo es aplicable al artículo 9o. "en tanto pospone la determinación de los requisitos que se deberán exigir a los concesionarios, así como los referentes a los respectivos contratos".

b) Mediante sentencia del 7 de marzo de 1988, la Sección Primera del Consejo de Estado efectivamente declaró la nulidad de los artículos 27, 28, 35 y 37 del Decreto 033 de 1984, reglamentario de la Ley 1a. de 1982 y del Decreto Legislativo 386 de 1983, que según el autor fueron reproducidos por los citados artículos 8o., 10, 12 y 14 del Decreto 1988 de 1987, aquí demandados. Sin embargo, estos últimos no pueden ser acusados de reproducir normas suspendidas o anuladas, por la sencilla razón de que la solicitud de suspensión provisional de aquellos fue negada mediante auto de fecha 20 de mayo de 1986 (Exp. No. 15, fls. 104 a 107), el Decreto 1988, que contiene las normas presuntamente ilegales fue expedido el 20 de octubre de 1987 y la sentencia que declaró la nulidad de las normas presuntamente reproducidas fue dictada el 7 de marzo de 1988, quedando ejecutoriada solamente el 3 de octubre de 1991, en virtud de la sentencia mediante la cual se declaró la no prosperidad del recurso extraordinario de súplica interpuesto contra ella.

c) Además de lo anterior, la Sala hace notar que la declaratoria de nulidad de las citadas normas del Decreto 033 de 1984, presuntamente reproducidas, lo fueron con el argumento de que habían sido declarados inexequibles los artículos 9o. y 10 del Decreto 386 de 1983 y derogado el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982, "que se referían precisamente a facultades reglamentarias sobre aspectos del contrato de concesión entre las partes que pueden concurrir a su celebración para efectuar los juegos de apuestas, lo cual hace desaparecer la posibilidad de intervención del Gobierno en esta materia que, por no haber sido tratada en la ley, corresponde a las asambleas, obviamente en todo aquello que no contradiga las disposiciones legales a que aluden tanto la Ley 19 de 1982 como el Decreto 222 de 1983...",olvidando o desconociendo la vigencia de los artículos 5o. de la Ley 1a. de 1982 y 202 del Decreto 1222 de 1986, que prevén la competencia del Gobierno para reglamentar de una manera uniforme el juego de apuestas permanentes y en los cuales se fundamenta la presente sentencia para concluir sobre la legalidad de la mayoría de las normas acusadas, modificando así su análisis anterior.

En segundo término, corresponde analizar los cargos planteados frente al Decreto 2527 de 30 de Diciembre de 1987.

En lo que respecta al artículo 1o., no asiste razón al actor en cuanto a que la imposición de un anticipo de regalía de $7.oo por formulario viole el artículo 1o. del Decreto 0386 de 1983.

Al estudiar el cargo frente al artículo 1o. del Decreto 1988 de 1987 se dejó establecido que el porcentaje sobre el monto máximo de apuestas posibles que deben pagar los concesionarios a la entidad concedente, constituye la regalía que consagra el artículo 1o. del Decreto 386 de 1983, y, nada impide que el acto acusado exija un anticipo que permita ir recaudando ingresos por concepto de dicha regalía, para poder desarrollar los fines previstos en el artículo 1o. de la Ley 1a. de 1982 y el artículo 199 del Decreto 1222 de 1986, cuales son los programas que adelantan los Servicios Seccionales de Salud. No se observa, pues, quebranto alguno del artículo 1o. del decreto 386 de 1983, y por lo demás, el Presidente de la República en el reglamento no amplía ni restringe el alcance de la norma reglamentada.

En lo relacionado con la nulidad de los artículos 3o., 4o., 6o., 7o. y 9o. del Decreto 2527 de 1987, por desconocer los artículos 182 y 183 de la Constitución de 1886; el artículo 5o. de la Ley 19 de 1982 y el artículo 1o. inciso final del Decreto 222 de 1983, por cuanto al no existir una ley que regule el contrato de concesión de apuestas permanentes entre las loterías y los concesionarios, la competencia para llenar ese vacío corresponde a las asambleas departamentales, no asiste razón al actor, ya que este argumento fue analizado por la Sala en relación con algunas normas del Decreto 1988 de 1987 y resuelto favorablemente a la legalidad de las mismas con fundamento en la vigencia del artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982 y el artículo 202 del Decreto 1222 de 1987, que consagran la competencia del Gobierno para reglamentar uniformemente esta materia, como quedó visto con anterioridad.

Respecto del cargo consistente en la presunta nulidad de los artículos 3o., 6o. y 9o. del Decreto 2527 de 1987, por ser reproducción de los artículos 27, 90 y 26 numeral 3 del literal A) y numeral 2 del literal B), del Decreto 033 de 1984, respectivamente, tampoco tiene vocación de prosperidad, por las mismas razones expresadas en esta sentencia en relación con la presunta reproducción de otras normas del Decreto 033 de 1984 por parte del Decreto 1988 de 1987, ya que el Decreto 2527 fue expedido el 30 de diciembre de 1987, fecha en la cual las normas presuntamente reproducidas no se encontraban suspendidas ni anuladas.

Por otra parte, en relación con los artículos 3o. y 9o., la Sala también hace predominar aquí la vigencia de los artículos 5o. de la Ley 1a. de 1982 y 202 del Decreto 1222 de 1986, sobre competencia del Gobierno para expedir la reglamentación uniforme sobre esta materia.

Pero en relación con el artículo 6o. del Decreto acusado 2527 de 1987, la Sala está de acuerdo con el análisis hecho en la sentencia del 7 de marzo de

1988, respecto del artículo 90 del Decreto 033 de 1984, en los siguientes términos:

> "Pero como las facultades de inspección y vigilancia de que se viene hablando, las debe ejercer el Ministerio sobre las beneficencias y loterías, conforme dicen la Ley 93 de 1938 y el Decreto Reglamentario 1140 de 1943, tampoco es función de ese Ministerio ejercer control sobre los concesionarios, como dice el artículo 90, y mucho menos en relación con las agencias, vendedores o colocadores, libros, registros y relaciones de ventas.
>
> "Por las mismas razones anteriores, tampoco es competencia del Ministerio de Salud y de los Servicios Seccionales de Salud tomar determinaciones relacionadas con el personal que debe ejercer el control sobre el juego mismo de las apuestas, porque , según se vio, la competencia, para inspeccionar y vigilar , que es sólo la del Ministerio de Salud, se repite, llega hasta las beneficencias y loterías, mas no hasta los contratos que ellas celebren con concesionarios".

En consecuencia, como las razones expresadas son válidas frente al citado artículo 6o. del Decreto 2527 de 1987, se declarará la nulidad de la expresión "El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud según el caso ", contenida en dicho artículo.

Finalmente, en lo que guarda relación con el artículo 7o., que prevé la revisión de los contratos por parte del Ministerio de Salud, esta norma que reproduce el parágrafo del artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982, derogado expresamente por el artículo 11 del Decreto 386 de 1983, también fue contenida en el artículo 9o. ibídem que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de marzo de 1983, y, al expedirse el Decreto 1222 de 1986 se consagró en el parágrafo del artículo 201 el cual, en sentencia de 28 de abril de 1988 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia y no fue objeto de correción en el artículo 3o. del Decreto 1736 de 1986, por lo cual toda reglamentación que se haga al respecto carece de sustento legal por sustracción de materia, razón que justifica la declaratoria de nulidad del citado artículo.

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

FALLA:

1o.- DECLARASE la nulidad de los siguientes artículos del Decreto 1988 de 1987 expedido por el Presidente de la República : 1o., 4o. y 6o. en

cuanto a la frase "cada entidad concedente emitirá un solo tipo de formulario oficial".

2o.- DECLARASE la nulidad de los siguientes artículos del Decreto 2527 de 1987 expedido por el Presidente de la República: 6o. en su expresión "El Ministerio de Salud, los Servicios Seccionales de Salud según el caso" y 7o. en su integridad.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez,* salva el voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA : En su salvamento de voto, el Consejero Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ expresa su proposición relacionada con la declaratoria de nulidad de otros artículos del Decreto 19888 de 1987, tales como un aparte del artículo 8o.; el artículo 10 y su parágrafo, el 11 y su parágrafo y los artículos 12 y 13. Así mismo propone la declaratoria de nulidad de otros artículos del Decreto 2527 de 1987 , tales como los números 3, 4 y 9.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

REF: Expediente No. 896.

Acción de nulidad.

Actor: ALBERTO MONTOYA MONTOYA.

En el proyecto de sentencia que elaboré para la Sala y que ésta negó por mayoría de votos, se proponía por el suscrito Consejero la declaratoria de nulidad de otros artículos del Decreto 1988 de 1987, tales como el artículo 8o. en cuanto dispone: "También podrán incluirse cláusulas sobre obligación de retirar un mínimo mensual de formularios que el concesionario se compromete a vender, así como sobre la realización de un mínimo de ventas brutas durante la vigencia del contrato y sobre controles adicionales que la entidad concedente resuelve ejercitar "; el 10o. y su parágrafo, el 11 y su parágrafo, y el 12 y 13.

Así mismo, se proponía la declaratoria de nulidad de otros artículos del Decreto 2527 de 1987 tales como los números 3, 4 y 9o.

Consideró el suscrito Consejero, que normas como las contenidas en los artículos mencionados del Decreto 1988 de 1987, son disposiciones que constituyen el régimen de las estipulaciones contractuales, del resorte exclusivo de los Departamentos y Municipios, desarrollo de la autonomía que les confiere la Ley 19 de 1982, art. 5o., y el inciso final del art. 1o. del Decreto- Ley 222 de 1983, reproducidos en los artículos 211 y 212 del Decreto 1222 de 1986, razón por la cual el Gobierno Nacional no puede expedir normas que regulen esas materias.

En cuanto a las disposiciones contenidas en el Decreto 2527 de 1987, que el suscrito proponía anular , consideré que el art. 3o. contiene en su esencia la disposición del art. 27, inciso 1o. , del Decreto 033 de 1984, que fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia de 7 de marzo de 1988, ejecutoriada, por lo cual debía igualmente anularse la disposición acusada; por la misma razón también procedía la declaratoria de nulidad del art. 9o. (reproducía el art. 26, numeral 3o. literal A) y numeral 2o., literal B); y, en cuanto al art. 4o. la razón de su nulidad está en que mediante esa norma se está regulando un aspecto relativo a la formación y adjudicación del contrato, que no es de competencia de la ley, sino de las Asambleas y Consejos Municipales.

Por esas consideraciones preferí que la ponencia fuera negada en su totalidad, no obstante compartir la mayoría de la Sala los planteamientos que llevaban a la nulidad de otras de las normas demandadas.

Con el debido respeto.

Miguel González Rodríguez , Consejero de Estado.

NULIDAD PROCESAL/ NOTIFICACION-Irregularidad/ **FALTA DE NOTIFICACION**

La falta de notificación viene a ser la mayor de las irregularidades de la notificación. Si la notificación irregular o la que no se practica en legal forma genera nulidad, con mucha mayor razón la causa, una ausencia total de dicha diligencia. En el proceso contencioso administrativo operan, en cuestión de nulidades, dos medios para resolver el problema: la declaratoria oficiosa por parte del juez, y la vía incidental. El procedimiento utilizado en el caso de autos, para declarar la nulidad de lo actuado en este proceso con base en la remisión ordenada en el artículo 165 del C.C.A., es el apropiado. El artículo 83 del C. de P.C. no puede ser el aplicable, por cuanto según se infiere de la misma norma, este procedimiento opera cuando se trata de litisconsorcio necesario y de la integración del contradictorio, no cuando se trata , como en el presente caso, de la declaratoria oficiosa de nulidad por falta de notificación a terceros interesados en las resultas del juicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº.1355. Autoridades nacionales. Actor: Eliseo Gordillo Torres.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto mediante apoderado por el actor de la referencia contra el auto de 3 de julio de 1992, proferido en Sala Unitaria por el Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez en el cual resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

ANTECEDENTES.

Dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Eliseo Gordillo Torres a fin de obtener la anulación de las Resoluciones 000447 del 17 de noviembre de 1988, 027 del 24 de enero de 1989 y 3252 del 23 de enero de 1989, el Consejero Sustanciador de esa época, en el auto del 26 de enero de 1990 por el que se admitió la demanda, reconoció como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Superintendente de Notariado y Registro y ordenó notificar personalmente dicho proveído a este funcionario y al Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá Norte.

Cuando el consejero a cuyas manos había pasado el expediente , se disponía a estudiarlo para proyectar el correspondiente fallo, observó que "El auto admisorio de la demanda reconoció como parte demandada a la Superintendencia de Notariado y Registro, sin tener como terceros directamente interesados en las resultas del proceso tanto a la señora Rosa María García de Gordóm como a las demás personas naturales y jurídicas arriba mencionadas que fueron citadas y/o intervinieron en el trámite administrativo, lo mismo que a los demás copropietarios del edificio, ni al administrador de la propiedad horizontal constituida sobre el inmueble, de que tratan las Leyes 182 de 1948 y 16 de 1985, a quienes ha debido notificárseles tal providencia admisoria, como lo dispone el artículo 207 numeral 3) del C.C.A.". (Auto de 28 de noviembre de 1991).

Por tal motivo en el mismo auto se puso en conocimiento de las personas naturales y jurídicas actualmente propietarias de las unidades que conforman el edificio situado en la calle 148 No. 22-A- 30 de la ciudad de Santafé de Bogotá, y del Administrador de la propiedad Horizontal constituida sobre el mismo inmueble, la causal de nulidad para los efectos previstos en el articulo 145 del C. de P. C ., en concordancia con el artículo 165 del C.C.A.

Surtida la notificación de la providencia anteriormente mencionada, comparecieron al proceso los señores Rosa María García de Gordóm, José Elí Plata Delgado, Rafael Alberto Fandiño Salgado y Claudia Patricia Mattos Samudio, en su condición de propietarios de apartamentos y garajes del edificio, para expresar que no subsanan la causal de nulidad puesta en su conocimiento, en atención a no haber sido vinculados al proceso como terceros directamente interesados en sus resultas.

EL AUTO IMPUGNADO

El señor Consejero en la providencia que ahora se recurre, hace la siguiente consideración:

> "De la relación de hechos que anteceden surge inexorablemente que de conformidad con la última parte del artículo 146 del C. de P.C. habrá de declararse la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive".

EL RECURSO INTERPUESTO.

Al suplicar el auto del 3 de julio de 1992 el recurrente presenta los siguientes argumentos:

> Que, "De la lectura cuidadosa del numeral transcrito (se refiere al 9o. del artículo 140 del C. de P.C) debemos inferir lógicamente que se incurre en nulidad, no cuando se omite notificación del auto admisorio de la demanda a terceras personas determinandas o indeterminadas, sino cuando se les notifica o emplaza en forma ilegal, que es un aspecto completamente diferente".

Que el numeral 2 (Sic) del artículo 207 del C.C.A dispone que se deba notificar el auto admisorio de la demanda, sólo a quienes "según la demanda o los actos acusados, puedan tener interés directo en los resultados del proceso", que para el caso de autos sería la señora Rosa María García de Gordóm pues es a la única que se menciona como posible tercero en la demanda y en los actos acusados.

Que los pretendidos terceros interesados no propusieron incidente de nulidad alguno, sino que se limitaron a expresar que no subsanan la supuesta causal de nulidad advertida por el H. Consejero Ponente, y

Que para el caso que nos ocupa es aplicable el artículo 83 del C. de P.C., en cuyo inciso 2o. se dispone que si no se ordena el traslado a las personas interesadas, del auto admisorio de la demanda, hasta antes de dictarse sentencia citará a tales personas y se les concederá el mismo término que se le concedió al demandado para que comparezcan a integrar el contradictorio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 207, numeral 3o. del C.C.A., en el auto admisorio el Ponente debe disponer:

> "Que se notifique personalmente a la persona o personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés en el proceso....".

Por su parte el artículo 140, numeral 9o. del C. de P. C., dice que el proceso es nulo en todo o en parte,

> "Cuando no se practica en legal forma la notificación a las personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas que deban ser citadas como partes...".

Debe la Sala en primer término poner de presente que la declaratoria de nulidad tiene por objeto fundamentalmente purgar la actuación de vicios que afecten la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa. La institución de las nulidades tiene su soporte en el artículo 29 de la Carta Política donde radica su fundamentación. Por estas sencillas razones no puede compartir la Sala las apreciaciones del recurrente, cuando aferrándose al texto frío del artículo 140-9 del C de P.C considera que hay nulidad en el caso de que no se practique en legal forma la notificación, mas no cuando hay ausencia total de ella. Porque , desde el punto de vista teleológico, la falta de notificación viene a ser un vicio de mayor entidad , un atentado más grave al respecto, a las libertades y derechos que trata de garantizar la institución de las nulidades. En otras palabras, la falta de notificación viene a ser la mayor de las irregularidades de la notificación. Si la notificación irregular o la que no se practica en legal forma genera nulidad, con mucha mayor razón la causa una ausencia total de dicha diligencia.

En otro de los argumentos del recurso, el suplicante, apoyado en el artículo 207 del C.C.A., concretamente en el mal citado ordinal 2o., estima que el auto admisorio sólo debe notificarse en el caso presente a la señora Rosa María García de Gordóm, pues es la única que se menciona como posible tercero en la demanda y en los actos acusados.

En primer lugar estima la Sala que según los actos acusados y la propia demanda, el señor Jaime Ernesto Bautista Gómez también intervino como parte interesada en la Resolución 447 de noviembre 17 de 1988 (folios 13, 20 y 92 del expediente).

En segundo término, como terceros que "pueden tener interés directo en los resultados del proceso" no debe entenderse, para efectos de la notificación del auto admisorio, únicamente aquellos que alegan el derecho que les pueda asistir, sino todas las personas a quienes pueda afectar o alcanzar en sus efectos los actos administrativos. Y, en el caso sometido a estudio, no se requiere ningún esfuerzo mental para concluir que a los copropietarios de un edificio les interesa las resultas de un juicio donde se debaten actos relacionados con el coeficiente de propiedad y la determinación de las unidades privadas.

Se aduce también en el recurso que no se da la nulidad porque los pretendidos terceros interesados no propusieron el correspondiente incidente,

sino que se limitaron a expresar que no subsanaban la causal advertida por el señor Consejero Ponente. Además , que para el caso es aplicable el artículo 83 del C. de P.C.

Al respecto cabe recordar, en virtud del art. 165 del C.C.A., que en el proceso contencioso administrativo operan, en cuestión de nulidades, dos medios para resolver el problema:

La declaratoria oficiosa por parte del juez , y la vía incidental.

En el caso que nos ocupa la nulidad ha sido declarada oficiosamente por el Juez a la luz de lo dispuesto en el artículo 145 del C. de P.C. y en concordancia con lo señalado en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del mismo estatuto. Dentro de estas condiciones y en tratándose desde luego de la nulidad saneable, ante la manifestación del notificado en el sentido de que no la sanea, e inclusive frente a su silencio al respecto, el juez debe declararla.

Refiriéndose al artículo 145 del C. de P.C.(Decreto 2282 de 1989), el tratadista Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su obra "Derecho Procesal Administrativo" - Tercera Edición, 1992, páginas 257 y 258 , expresa:

> "Aunque la norma antecitada es de gran claridad, se precisa un tanto su alcance. Dada la trascendencia de lo que se pretende cuando se pone en conocimiento de las partes una nulidad, ya que el orden público está en juego, no puede dudarse que la notificación del auto que así lo dispone a la parte afectada tenga que hacerse en forma personal o en subsidio mediante aviso, en la forma prescrita en el art. 320 nums. 1 y 2 ibídem. Basta anotar que el silencio observado por dicha parte, como su expresa petición de nulidad, producen seria consecuencia de invalidar la actuación...".
>
> "Define también el art. 145 del C. de P.C. quién pone en conocimiento de la parte la causal y quién la declara. En cualquier estado del proceso esa orden la expedirá el ponente mediante auto que se notificará, como se dijo, en la forma prevista en los numerales 1 y 2 del art. 320 *ibídem*; si dentro de los tres días siguientes al de la notificación dicha parte la sanea, el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.
>
> "Estimamos que el magistrado ponente en el primer evento deberá dictar auto confirmando dicho saneamiento; y en el segundo, bien porque el afectado expresamente manifestó su no allanamiento o guardó silencio al respecto, declarará esa nulidad con indicación de la actuación que deba renovarse".

Finalmente, considera la Sala que el procedimiento utilizando en el caso de autos, para declarar la nulidad de lo actuado en este proceso con base en la remisión ordenada en el artículo 165 del C.C.A., es el apropiado.

El artículo 83 del C. de P.C. no puede ser el aplicable, por cuanto según se infiere de la misma norma, este procedimiento opera cuando se trata de litisconsorcio necesario y de la integración del contradictorio, "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos...". No cuando se trata, como en el presente caso , de la declaratoria oficiosa de nulidad por falta de notificación a terceros interesados en las resultas del juicio.

De conformidad con las apreciaciones anteriores no encuentra la Sala razones para revocar la providencia impugnada.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto de 3 de julio de 1992, objeto del recurso de súplica.

Cópiese, notifíquese y en firme vuelva el expediente al Despacho del Consejero Ponente. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PROYECTO DE ORDENANZA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION- Causales **/DOCUMENTO FALSO / NULIDAD EN LA SENTENCIA**

El artículo 80 del Decreto 1222 de 1986 dispone la procedencia del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos, mediante los cuales se decida sobre la exequibilidad de los proyectos de ordenanza que sean objeto de insistencia por parte de la Asamblea Departamental, no obstante haber sido objetados por el gobernador por motivos de ilegalidad o de inconstitucionalidad. El recurrente pretende demostrar que en el pliego de objeciones el gobernador faltó a la verdad, verdad que predica con base en apreciaciones eminentemente subjetivas y con apoyo en pruebas documentales, ninguna de las cuales se dirige ni tiene la virtualidad de demostrar que la sentencia objeto del recurso se profirió con apoyo "en documentos falsos o adulterados", como lo exige la norma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1727. Actor: Nelly Arbeláez Cardona.

La Sección Primera procede a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la ciudadana Nelly Arbeláez Cardona en contra del

numeral 1. del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío en fecha 7 de febrero de 1991.

I.- ANTECEDENTES

a.- La Solicitud formulada al Tribunal.

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Quindío el 31 de octubre de 1990, el Gobernador de dicho Departamento, expresando obrar en los términos del artículo 80 del Decreto 1222 de 1986, solicitó de dicha Corporación decidir definitivamente sobre la exequibilidad del proyecto de ordenanza de octubre 23 de 1990, "por medio del cual se deroga en todas sus parte (sic) el Decreto Departamental con fuerza ordenanzal No. 0601 de septiembre trece (13) de 1989 (Código Fiscal del Quindío)", habida cuenta que no obstante haber sido objetado por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad e inconveniencia, la Asamblea Departamental, en su sesión de 30 de octubre de 1990, declaró infundadas dichas objeciones (fls. 1 y 2 Cdno. No. 3).

b.- El proyecto de ordenanza sometido a consideración del Tribunal.

El citado proyecto de ordenanza dispone derogar "... en todas sus partes el Decreto Departamental con fuerza ordenanzal No. 0601 de septiembre 13 de 1989, que contiene el Código Fiscal del Departamento del Quindío" (art. 1o.) ; facultar al Controlar General del Departamento"... para reglamentar por medio de Resoluciones la forma de ejercer la vigilancia fiscal por sí mismo o por intermedio de las distintas Auditorías Fiscales, Visitadurías y Revisorías, en lo que corresponde a las etapas de a. control previo, b. control perceptivo y c. control posterior " (art. 2o.) ; facultar al Controlar General del Departamento"...para reglamentar todas las disposiciones administrativas que sean necesarias para el mejor funcionamiento de la Contraloría Departamental y a la vez el Manual de Funciones existente para la Entidad" (art. 3o.), e indicar que la Ordenanza "... rige a partir de la fecha de su aprobación " (art. 4o. fl. 17 Cuaderno No. 3).

c.- La actuación surtida.

A la solicitud formulada por el Gobernador del Departamento del Quindío se le dio el trámite por el artículo 80 del Decreto 1222 de 1986 dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones :

Por auto de 8 de noviembre de 1990 se avocó el conocimiento de las diligencias remitidas por el Gobernador del Departamento y se dispuso la fijación del negocio en lista , para los efectos previstos en el artículo 80, numeral 1) del Decreto 1222 de 1986 (fl 23 Cdno. No. 3).

Mediante providencias visibles a folios 27 del cdno. No. 4 y 4 del cdno. No. 5 se reconoció como impugnantes a los ciudadanos Jorge Fernando Laverde Quiñones, Fabiola Inés Gómez Cuartas y Nelly Arbeláez Cardona y como coadyuvante al ciudadano Jaime Zuluaga Jaramillo, respectivamente.

Por auto de 17 de enero de 1991, se decretaron como pruebas los documentos acompañados con la solicitud formulada.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA EN REVISION

Mediante la sentencia recurrida se declaró la inexequibilidad de los artículos segundo y tercero del proyecto de ordenanza de 23 de octubre de 1990, sometido a consideración del Tribunal (numeral 1) y se declaró la exequibilidad de su artículo primero, (numeral 2) con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 28 a 31 Cdno. No. 3):

El proyecto de ordenanza fue objetado por el Gobernador del Departamento del Quindío por considerarlo violatorio de los artículos 187 numeral 10 de la Constitución Política de 1886 y del Decreto 1222 de 1986 en sus artículos 60 numeral 10 y 62 numerales 5 y 15, ya que no es posible derogar el Código Fiscal del Departamento sin adoptar otro estatuto de la misma naturaleza, pues ello priva a la Administración de las normas relativas a la gestión fiscal a que debe sujetarse su ejercicio y, además, no es de procedencia legal autorizar al Contralor para reglamentar el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, pues dicha facultad reposa bien en la Asamblea o en el Gobernador, mediante el ejercicio de facultades concedidas pro- témpore.

De las normas invocadas por el Gobernador en su escrito de objeción se tiene que si bien a la Asamblea Departamental del Quindío le asiste..." todo el derecho, tanto de expedir como de derogar el Código Fiscal para el Departamento, no obstante que no se expida otro en lugar del derogado, pues independientemente de la conveniencia de la medida, la atribución de derogar normas no aparece legalmente sujeta a la expedición de otras", no sucede lo mismo con lo dispuesto por los artículos 2o. y 3o. del proyecto de ordenanza, los cuales no pueden consagrar, sin violar el orden jurídico, la concesión de facultades en favor del Contralor General del Departamento para reglamentar el ejercicio de la Vigilancia fiscal y para expedir normas relativas al funcionamiento de la Contraloría, pues la atribución de reglamentar lo atinente a la función fiscal del Departamento y a la organización de su Contraloría compete a la Asamblea, Corporación ésta que no puede delegarla en otra autoridad, salvo en el Gobernador, por disposición constitucional. Además, las Contralorías Departamentales no pueden intervenir en la formación de actos que compete expedir a otras autoridades departamentales, como lo señala el artículo 247 del Decreto 1222 de 1986.

III.- LOS FUNDAMENTOS DE LA REVISION IMPETRADA

La recurrente invoca como causales de revisión las contempladas en los numerales 1) y 6) del artículo 188 del C.C.A., y aduce como sustento de la impugnación, en síntesis, lo siguiente (fls. 38 a 49 Cdno. No. 1) :

Ni el Gobernador del Quindío, ni el Tribunal pueden desconocer las facultades constitucionales y legales de la Asamblea para dictar las normas contenidas en los artículos 2o. y 3o. del proyecto de ordenanza de 23 de octubre de 1990, pues en ellas no se conceden facultades al Contralor del Departamento para reglamentar la gestión fiscal, sino para cumplir con funciones eminentemente administrativas, inherentes a la organización interna de la Contraloría y señalar, en el Manual de Funciones, la forma de actuar sus funcionarios.

La primera causal de revisión invocada, es decir el haber sido dictada la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, se sustenta en que "... el Gobernador del Departamento en su pliego de objeciones falseó la verdad al estar demostrado que la Duma Departamental, en ningún momento le otorgó facultades al Contralor General (sic) para reglamentar la Gestión Fiscal que por mandato constitucional y de orden legal está a cargo del Ejecutivo del Departamento".

En cuanto a la segunda de ellas, "cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra el cual no precedía ningún recurso" (consagrada en el numeral 6. del art. 188 del C.C.A.), se sustenta en que la sentencia recurrida está viciada de nulidad debido a que "... se desconocieron por parte del Gobierno Departamental del Quindío y el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo las facultades..."de la Asamblea "...principalmente en que pueda ejercer facultades de ordenar al Contralor del Departamento, el de dictar o expedir reglamentaciones internas-administrativas para el mejor funcionamiento de la entidad fiscalizadora del desembolso de los fondos públicos, teniendo en cuenta que el Contralor es un agente directo de la Duma y que por intermedio de él es que cumple la Honorable Asamblea la función de vigilancia del gasto público...".

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

Dentro del trámite del recurso y mediante apoderado debidamente constituido, el Departamento del Quindío contestó el escrito para oponerse a las pretenciones de la recurrente, expresando en síntesis, lo siguiente (fls. 66 a 73 Cdno. No.1).

En su sentencia, el Tribunal Administrativo se ciñó a lo dispuesto por el artículo 187 numeral 10 de la Constitución Política de 1886 y por los artículos 60 numeral 11 y 62 numerales 5 y 15 del Decreto 1222 de 1986, razón por la

cual no pueden ser de recibo las simples afirmaciones de la recurrente, pues ellas carecen de fondo jurídico y de apoyo legal.

En cuanto a la primera causal de revisión invocada se estima que no es cierto que en su pliego de objeciones al proyecto de ordenanza de 23 de octubre de 1990 el Gobernador del Departamento haya falseado la verdad, y menos aún que la sentencia se haya basado en documentos falsos o adulterados, pues todos ellos obran en el expediente para que, de requerirse, sean cotejados.

En relación con la sexta causal de revisión alegada se indica que las argumentaciones y los hechos expuestos por la recurrente no guardan relación alguna con aquella, pues la nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso sólo es predicable por las causales indicadas en el fallo proferido el 26 de octubre de 1988 por la Sala Plena de lo Contecioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Carlos Ramírez Arcila, Expediente No. R- 015. Actor : Basf Química Colombiana S.A.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección considera que el recurso interpuesto no puede prosperar, por cuanto la recurrente "...se limita a discutir la decisión del Tribunal y abogar por la legalidad y constitucionalidad del Proyecto de Ordenanza, pero, no obstante enunciar en su escrito las causales indicadas en los numerales 1 y 6 del art. 188 del Código Contencioso Administrativo, no explica el porqué de su aserción ni intenta siquiera demostrar en el proceso la ocurrencia de tales causales, condición indispensable para dar viabilidad a la institución legal de que dice hacer uso (fls. 86 y 87, Cdno No. 1).

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero indicar que el recurso extraordinario de revisión interpuesto y la competencia de esta Corporación para conocer de él tiene su fuente legal en el artículo 80 del decreto 1222 de 1986, el cual dispone la procedencia de este medio de impugnación en contra de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos, mediante las cuales se decida sobre la exequibilidad de los proyectos de ordenanza que sean objeto de insistencia por parte de la Asamblea Departamental, no obstante haber sido objetados por el Gobernador por motivos de ilegalidad o de inconstitucionalidad. Dicho recurso, expresa igualmente la citada norma, procede en los términos del Capítulo II del Título XXIII del Código Contencioso Administrativo.

Precisado el aspecto anterior se tiene que luego de efectuada la confrontación de la sentencia impugnada con los causales y por las razones que invoca la recurrente para solicitar su revisión, la Sala considera que el recurso interpuesto no está llamado a prosperar, por las siguientes y breves razones:

1.- La recurrente invoca como primera causal de revisión la contenida en el numeral 1. del artículo 188 del C.C.A., que consiste en haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados. En su sentir, dicha causal se fundamenta en que el Gobernador del Quindío "falseó la verdad" en el pliego de objeciones al proyecto de ordenanza de 23 de octubre de 1990, pues en ningún momento allí se otorgan facultades al Contralor del Departamento para reglamentar la gestión fiscal.

De lo anterior se tiene que la argumentación de la recurrente se orienta y limita a pretender demostrar que en dicho pliego de objeciones el gobernador faltó a la verdad, verdad que predica con base en apreciaciones eminentemente subjetivas y con apoyo en pruebas documentales, ninguna de las cuales se dirige ni tiene la virtualidad de demostrar que la sentencia objeto del recurso se profirió con apoyo "... en documentos falsos o adulterados...", como lo exige la norma, hecho este que por sí solo, y sin consideraciones para más, es suficiente para que la Sala deseche este cargo.

2.- La segunda causal de revisión invocada por el recurrente es la consagrada en el numeral 6 del artículo 188 del C.C.A., que dice:

> "Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra la cual no procedía ningún recurso".

Como se consignó en otro acápite de esta providencia, la recurrente pretende derivar la ocurrencia de dicha causal del hecho consistente en que tanto el Gobernador del Quindío como el Tribunal Seccional desconocieron la facultad que tiene la Asamblea Departamental para "... ordenar al Contralor...(...)... dictar o expedir reglamentaciones internas- administrativas para el mejor funcionamiento de la entidad fiscalizadora..." (sic).

De la simple lectura de la anotada fundamentación la Sala concluye que ella no guarda ninguna relación con la causal invocada, por lo cual ésta no se configura.

En efecto, cabe recordarse que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación han sido unánimes en señalar que la nulidad originada en la sentencia misma, independiente del proceso,

> "... se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada con mayor o menor número de magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponden ora por falta de competencia, ora por falta de jurisdicción. Podría

darse también la causal cuando la providencia carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que : "Toda sentencia deberá ser motivada".

"En esta materia no puede confundirse la nulidad del proceso (Art. 152 del C. de P.C.), con la generada en la sentencia, que sólo admite el manejo fáctico que se ha dejado precisado, en todos los casos en que el fallo no era susceptible de otro recurso ". (Sala Plena de lo Contecioso Administrativo, sentencia de 6 de julio de 1988, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Leonidas Pinzón Acosta, Expediente No. 011- Rev., Págs. 7 y 8).

De lo expuesto resulta que el recurso extraordinario de revisión es improcedente, lo cual se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

En virtud de lo anterior, 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 improcedente el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Segundo.- 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 veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: se reitera, además, la jurisprudencia contenida en la providencia de 6 de julio de 1988, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Actor: Leonidas Pinzón Acosta, Exp. No. Rev. 011, ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, relacionada con la nulidad en la sentencia como causal del recurso extraordinario de revisión.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ RENTA BRUTA/COSTO/ DEDUCCION

El espíritu del artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 indica que sólo se pueden incluir como deducciones de los ingresos, los costos en que se incurra en el trámite de su liquidación y recaudo; o en otro giro, que de dicho precepto se deriva que para que un costo sea deducible de los ingresos debe ser imputable a éstos y estar directamente relacionado con el proceso de administración y recaudo de los mismos. No son entonces descontables como "gastos de administración" los costos que genera todo el aparato administrativo del Departamento, sino los que de aquellas dependencias departamentales que tienen que ver con el recaudo de los ingresos, criterio que apreciaron con claridad y precisión los peritos al responder el cuestionario que les fuera sometido a su consideración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1767. Actor: Angel Enrique Torrenegra.

Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Gobernación del Atlántico contra la sentencia de la referencia que decretó la nulidad de la certificación expedida por la Secretaría de Hacienda Departamental el 19 de enero de 1989, mediante la cual se determinó el porcentaje embargable de la renta del Departamento del Atlántico a 31 de diciembre de 1988.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO.

El aspecto cardinal de la controversia fue decidido por el fallador de primer grado con fundamento en los argumentos que a continuación se sintetizan y respecto de los cuales la recurrente manifiesta su discrepancia.

Según el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 que se estima infringido por el demandante al considerar que se incluyó en el certificado acusado la totalidad de los servicios personales y gastos generales sin tener en cuenta si existía una relación de causalidad con los ingresos, y que no se observó que los únicos gastos deducibles son los generados por la Tesorería Departamental en el proceso de liquidación y recaudo de los ingresos, mas no los correspondientes a otras dependencias del Departamento, la renta bruta de los departamentos está constituida por la suma de los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente hayan ingresado a las Tesorerías durante la respectiva vigencia fiscal, menos los gastos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc.

Se deriva de este precepto que para que un costo sea deducible o descontable de los ingresos debe ser imputable a éstos, debe estar directamente relacionado con el programa de administración y recaudo de los mismos.

Los señores peritos contadores al absolver el cuestionario que se les formuló y con base en la Ejecución Presupuestal de Ingresos y Gastos de la vigencia fiscal de 1988, elaborada por la Secretaría de Hacienda Departamental del Atlántico, determinaron en materia de ingresos lo siguiente :

> "..... Los ingresos correspondientes que efectivamente ingresaron a la Tesorería Deptal. del Atlántico ascendieron a $ 4.945.709.112, discriminados así : Ingresos Tributarios : 4.922.531.931, cifra que incomprensiblemente supera en 541.866.996 a lo registrado en el certificado.
>
> "Ingresos no tributarios : $ 23.177.181.oo cifra igual a la registrada en el certificado..."

En lo concerniente a los servicios personales y gastos generales los señores peritos sólo consideraron en su dictamen como imputables a los

ingresos los correspondientes a la Secretaría de Hacienda encargada del recaudo y administración de los ingresos, y a la Contraloría Departamental, encargada del control fiscal sobre los ingresos.

Estos servicios personales, imputables a los ingresos y deducibles de los mismos, fueron estimados en un total de $ 264.109.087.78, y los gastos generales, igualmente imputables y deducibles de los ingresos, fueron estimados en un total de $ 109.535.971.19.

El Tribunal manifiesta que acoge la peritación en lo tocante a servicios personales y gastos generales, conforme a la preceptiva del artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982.

Refiriéndose el Tribunal al cargo según el cual al incluir el acto acusado los aportes, participaciones y transferencias como deducibles de la Renta Bruta en cuantía de $ 1.011.092.124.oo para el año de 1988 violó el mencionado artículo 4o., toda vez que el artículo 16 del Decreto Ley 294 de 1973 señala en forma expresa que no existe contraprestación contra dicha partida y los ingresos, y que según el artículo 19 del Decreto 2407 de 1981 las participaciones tampoco son costos deducibles de los ingresos por tener la calidad de transferencias, consignó que los señores peritos en lo tocante a aportes sólo consideraron como deducibles de los ingresos la suma de $15.768.625.oo discriminada así: $ 15.384.025.oo a Caja de Previsión Social, por corresponder al 8% de la nómina de sueldos de los empleados de la Secretaría de Hacienda y Contraloría Departamentales; $ 384.600.oo a Caja de Previsión Social por concepto de la Ley 4a. de 1966, por corresponder a los aportes reales de la nómina de empleados de las precitadas dependencias; desestimaron los expertos los demás aportes por corresponder a pagos realizados como donaciones a entidades de Salud, Educación y Recreación.

Manifiesta el *a quo* que acoge también este aparte del dictamen dado que los aportes enunciados sí son deducibles por estar relacionados con las dependencias encargadas de ejercer la función de administración y recaudo de los ingresos como el control de los mismos.

Respecto de las participaciones y transferencias, afirma que tampoco pueden considerarse como costos deducibles de los ingresos, dado que son ajenos al recaudo y administración de los mismos, como igualmente lo anotan los señores peritos; y que resulta muy claro el texto del artículo 16 del Decreto-Ley 294 de 1973 cuando consagra que las transferencias van incorporadas en el presupuesto de gastos de funcionamiento y no dan lugar a contraprestación de bienes o servicios.

Termina diciendo el Tribunal que acoge, en consecuencia, la determinación de la renta bruta y del porcentaje embargable hecha por los

peritos, así : $ 4.556.295.429.oo aquélla, y $ 1.518.765.143.oo ésta, lo que le permite acceder a decretar la nulidad de la certificación acusada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Manifiesta su inconformidad la apelante considerando que se ha dado una interpretación restrictiva al artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982, porque costos imputables a los ingresos son todos los gastos en que incurre la administración para efectos de ejercer tal función, sin que prime la gestión de una Secretaría sobre otra, ya que la gestión administrativa es una sola.

Afirma igualmente que los aportes, transferencia y participaciones aunque son sumas que el Departamento no percibe ya que una vez se reciben deben ser entregadas a la entidad a la cual han sido destinadas específicamente, sí son gastos que efectúa la administración, razón por la cual deben ser descontados de la Renta Bruta para efectos de su determinación.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

Conceptúa la Fiscalía que si el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 da como ejemplo de gastos descontables los "gastos de administración", no da cabida a la interpretación restrictiva que sugieren los señores peritos, sino que ha de procederse a descontar como gastos de administración todos los costos que genere el aparato administrativo departamental. Es decir que se ajustó a la norma el Secretario de Hacienda al descontar como gastos de administración los "Servicios personales" y " Gastos Generales " del Departamento.

No así respecto del rubro PARTICIPACIONES Y APORTES DE LEY por no estar comprendidos entre los gastos imputables a los ingresos, por no ser gastos de administración ni de recaudo.

Con la salvedad anotada respecto de lo que se entiende por gastos de administración, debe confirmarse la decisión del Tribunal.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la apelación interpuesta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Coinciden la demandada recurrente y la Agencia del Ministerio Público ante esta Corporación en concebir que el Tribunal al acoger en su fallo el dictamen pericial practicado por profesionales de la contaduría en la primera instancia hizo una interpretación errónea del artículo 4o. del Decreto 3040 de

1982 al no tener en cuenta que "los gastos administrativos" a que se refiere dicha norma incluye todos los costos que genera el aparato administrativo del Departamento.

Para la Sala, a contrario sensu, el *a quo* al acoger el experticio en este aspecto interpreta acertadamente la mencionada disposición de cuya lectura se desprende enseguida que a su espíritu corresponde justamente este aserto.

Dice así la aludida norma :

> "La renta bruta de las autoridades territoriales está constituida por la suma de los ingresos obtenidos a cualquier título que efectivamente hayan ingresado a las Tesorerías Regionales durante la respectiva vigencia fiscal, *menos los costos en que se haya incurrido imputables a dichos ingresos*, tales como gastos de administración, recaudo, etc." (subraya la Sala).

La expresión subrayada establece una relación de causalidad entre el ingreso y el costo; vale decir que para poder deducirle costos a los ingresos totales, es preciso tener en consideración que el costo debe ser necesario para producir los ingresos de los entes territoriales, en este caso del Departamento del Atlántico.

El espíritu de la norma pretranscrita indica que sólo se pueden incluir como deducciones de los ingresos, los costos en que se incurra en el trámite de su liquidación y recaudo; o en otro giro, como lo expresó el Tribunal, que de dicho precepto se deriva que para que un costo sea deducible de los ingresos debe ser imputable a éstos y estar directamente relacionado con el proceso de administración y recaudo de los mismos.

No son, entonces, como en forma equivocada lo entienden la apelante y la señora agente del Ministerio Público, descontables como "gastos de administración" los costos que genera todo el aparato administrativo del Departamento, sino los que de aquellas dependencias departamentales que tienen que ver con el recaudo de los ingresos, criterio que apreciaron con claridad y precisión los peritos al responder el cuestionario que les fuera sometido a su consideración (fls. 56 a 62 del c. 5) y fuera acogido por el Tribunal.

Una segunda discrepancia de la apelante con el fallo del Tribunal consiste, como atrás se anotó, en que los aportes, transferencias y participaciones, sí deben ser descontados de la Renta Bruta para efectos de su determinación, ya que, dice, son gastos que efectúa la administración, incurriendo de esta manera la recurrente en el mismo error de apreciación e interpretación anterior, ya que insiste en incluir dentro de la expresión "gastos de administración " que trae el citado y pretranscrito artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 todo

tipo de gastos, así éstos no tengan nexo directo de causalidad con los ingresos a que la misma norma se refiere.

Por otra parte, desconoce u olvida la apelante que en materia de presupuestos, las entidades territoriales deben seguir principios análogos a los que rigen sobre la misma materia en el orden nacional, como lo establecía el artículo 8o. del Decreto-Ley 294 de 1973 y lo impone hoy el artículo 94 de la Ley 38 de 1989.

Dentro de este rigor legal, los mencionados conceptos corresponden a gastos legales que hace el Gobierno Departamental (independientemente de los ingresos que ella obtenga) pues se efectúan sin recibir contraprestación alguna en bienes o servicios, lo que permite concluir que aquéllos no están comprendidos entre los imputables a los ingresos, por no ser gastos de administración ni de recaudo, como bien lo entendió en este aspecto el Ministerio Público.

Sobre este mismo particular, pero referido al presupuesto de 1988 del Departamento del Atlántico, en fallo de 10 de julio de 1992, expediente No.1763, actor Carlos Julio Manzano, y con ponencia del doctor Yesid Rojas Serrano, esta Sección consignó :

> "Las participaciones y aportes de ley, conforme a la norma citada (se refiere al artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982, anota la Sala) no pueden sustraerse del concepto de renta bruta porque no son costos imputables a los ingresos; no tiene relación con la administración ni con el recaudo de los dineros, ya que respecto de dichos aportes y participaciones del ente departamental, mientras los posee, sólo sirve de puente, pues su destino, por determinación de la Ley son otras entidades diferentes. Esta circunstancia, no implica duda de que estos dineros efectivamente ingresaron a la Tesorería Regional ...".

En suma, en razón a que al expedirse el acto acusado se dio al artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982 un alcance diferente al que se desprende racionalmente de su texto, el *a quo* procedió conforme a derecho al declararlo nulo.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la señora Fiscal,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con fecha 25 de abril de 1991, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Miguel González Rodríguez, Pedro Alejo Gómez Vila, Conjuez; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AJUSTE POR INFLACION/SISTEMA DE AJUSTE INTEGRAL POR INFLACION /POTESTAD REGLAMENTARIA.

La posibilidad de hacer los reajustes mensualmente en el caso de que el período sea inferior a un año es la respuesta a una situación preestablecida en la ley y una medida conveniente y favorable para las empresas que en tales condiciones no tienen que esperar el cumplimiento del año para aplicar el PAAG (Porcentaje de Ajuste Anual Gravable). En esta forma, mediante el acto reglamentario se le da vida práctica a la norma y se facilita el cumplimiento de ella por parte del Gobierno en ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189-11 de la Constitución Nacional y por el mismo artículo 7o. del Decreto Extraordinario 2911 que lo autoriza para reglamentar el sistema de ajustes integrales por inflación en materia contable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto, veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 1922. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago.

Decretos del Gobierno.

El ciudadano Isidoro Arévalo Buitrago, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. y en demanda presentada contra la

Nación -Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico-, solicita la declaratoria de nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto Reglamentario No. 2912 del 30 de Diciembre de 1991, "Por el cual se reglamenta el sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables":

1o. Del artículo 7o. la expresión "...y aquellos cuyo período contable sea superior a un año deberán efectuar el ajuste mensual sin perjuicio de que el Gobierno Nacional o las entidades oficiales que ejerzan funciones de control y vigilancia sobre los mismos, prescriban obligatoriamente una de tales opciones".

2o. El Capítulo II, Artículos 8 al 20, en su totalidad.

3o. El Capítulo III, Artículos 21 al 26, en su totalidad.

La demanda se fundamenta en los siguientes.

HECHOS

El Congreso mediante la Ley 49 de 1990 reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para legislar respecto de los ajustes integrales por inflación. Fue así como en el artículo 25, numerales 5 y 6, habilitó al Ejecutivo para :

"Definir y armonizar el conjunto de las normas tanto tributarias como contables, que sean necesarias para la adecuada aplicación de los ajustes integrales por inflación ", y

"Adoptar y modificar las normas que sean necesarias para la adecuada implantación del sistema de ajustes integrales por inflación".

En virtud de las precitadas facultades el Presidente de la República expidió el Decreto Extraordinario No. 2911 de 30 de diciembre de 1991, "Por el cual se sustituye el Título V del Libro Primero del Estatuto Tributario que se refiere al sistema de ajustes integrales por inflación". Este Decreto en su artículo 7o. dispone :

"Reglamentación contable del sistema de ajustes integrales por inflación. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para aplicar, en materia contable, el sistema de ajustes integrales por inflación".

Con fundamento en la norma anterior el Ejecutivo, invocando la potestad reglamentaria consagrada en su favor en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 2912 del 30 de diciembre de 1991,

"Por el cual se reglamenta el sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables". Este estatuto en su artículo 7o. expresa :

> "Opciones para aplicar el sistema de ajustes por inflación.- Para efectos contables, los obligados a aplicar el sistema de ajustes integrales por inflación, cuyo período contable sea anual, podrán optar por efectuar el ajuste de manera anual o mensual, y aquellos cuyo período contable sea inferior a un año deberán efectuar el ajuste mensual, sin perjuicio de que el Gobierno Nacional o las entidades oficiales que ejerzan funciones de control y vigilancia sobre los mismos, prescriban obligatoriamente una de tales opciones".

En los Capítulos II (artículos 8 a 20) y III (artículos 21 a 26), el Decreto 2912 se ocupa de los ajustes anual y mensual de la contabilidad, así como de los procedimientos y requisitos para su aplicación.

DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE SU VIOLACION

Considera el accionante que el artículo 7o. en la parte que se acusa y los capítulos II y III del Decreto 2912 de 1991, violan los artículos 113, 114, 121, 150 inciso primero y numeral 1o. y 189, numeral 11 de la Constitución Nacional y el artículo 6o., inciso primero del Decreto Extraordinario 2911 de 1991.

Aduce el demandante que la obligación de hacer los ajustes mensuales que el artículo 7o. del Decreto acusado establece para los obligados a aplicar el sistema de ajustes integrales por inflación cuyo período contable sea inferior a un año, viola la Constitución Nacional y el artículo 6o. del Decreto Extraordinario 2911 de 1991 por que limita el contenido y el espíritu de la norma legal que reglamenta, la cual ordena que tales ajustes se hagan al finalizar cada ejercicio.

Se argumenta así mismo en la demanda que la atribución que el artículo 7o. del acto impugnado, otorga a las entidades oficiales de vigilancia y control para que prescriban obligatoriamente optar por hacer el ajuste de manera anual o mensual, no fue establecida en el artículo 6o. del D.E. 2911 de 1991.

Anota al respecto el actor que el reglamento debe supeditarse a la ley y, por sí mismo no puede legislar, porque tal facultad compete exclusivamente al Congreso.

Haciendo referencia a los Capítulos II y III (artículos 8 a 26) del Decreto acusado, afirma el demandante que los procedimientos, requisitos, limitaciones, condiciones, obligaciones, índices de ajustes, etc., establecidos allí, no fueron previstos en el Decreto 2911 de 1991 para efectos contables,

sino para fines exclusivamente tributarios. Estima, en este aspecto que "las normas procedimentales necesarias para la implantación del sistema de ajustes deben expedirse en ejercicio de las facultades que le delegó el Congreso y no mediante la potestad reglamentaria. Además, la facultad delegada para legislar, no contempla la posibilidad de hacerlo en sus aspectos generales, porque no señaló con precisión los temas generales sobre los cuales podía legislar, ni estableció la delimitación del radio de acción del reglamento que se encargaría de completar la ley sin salirse de la previsión de la norma general...".

En fin, apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el accionante concluye sosteniendo que la expedición de normas no contempladas en el Decreto con fuerza de ley constituye una extralimitación de la potestad reglamentaria y un intento de legislar por reglamento con ostensible violación de las normas constitucionales que se citan en el libelo.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación -Ministerio de Desarrollo Económico-, mediante apoderado se opone a las pretensiones del actor argumentando en síntesis y con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, que el Decreto Extraordinario No. 2912, acto impugnado, se expidió con base en las atribuciones constitucionales y legales otorgadas en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política y en el artículo 7o. del Decreto 2911 de 1991, en ejercicio de la potestad reglamentaria con el fin de darle vida práctica a la ley que desarrollaba, y buscar su finalidad, desarrollar su objetivo y darle sencilla y cumplida ejecución.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público no se pronunció en el caso de autos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Desde la expedición del Decreto Extraordinario No. 2687 de Diciembre 26 de 1988 dictado por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 75 de 1986, se estableció en nuestra legislación el sistema integral de ajustes por inflación, con el objeto de evitar los efectos de esta figura en la determinación del impuesto de renta y complementarios y el patrimonio de los contribuyentes, y de que los estados financieros tiendan a reflejar la situación económica real de las empresas.

Dentro de la perspectiva anterior el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le concediera el Congreso de la República mediante la Ley 49 de 1990 (artículo 25 numerales 5 y 6), expidió el Decreto Extraordinario No. 2911 del 30 de diciembre de 1991, "Por el cual se sustituye el Título V

del Libro Primero del Estatuto Tributario que se refiere al sistema de ajustes integrales por inflación". Este decreto en su artículo 7o. dispone :

> "Reglamentación contable del sistema de ajustes integrales por inflación. El Gobierno Nacional reglamentará los procedimientos necesarios para aplicar, en materia contable, el sistema de ajustes integrales por inflación".

Con fundamento en la norma pretranscrita, el Ejecutivo, invocando la potestad reglamentaria de que trata el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Nacional, reglamentó el sistema de ajustes integrales por inflación para efectos contables, mediante el Decreto 2912 del 30 de diciembre de 1991, del cual se acusa el artículo 7o. en la parte que ordena hacer mensualmente los ajustes integrales por inflación cuando el período contable sea inferior a un año, y los capítulos II (artículos 8 a 20) y III (artículos 21 a 26) que establecen los procedimientos, requisitos, limitaciones, condiciones, obligaciones, índices de ajustes para los ajustes anual y mensual de la contabilidad.

Según el actor la parte aludida del artículo 7o. del decreto acusado, viola la Constitución Nacional porque al ordenar el ajuste mensual para aquellos cuyo período sea inferior a un año, limita el contenido y el espíritu de la norma que reglamenta, pues según ésta, dichos ajustes deben hacerse al finalizar cada ejercicio.

El artículo 6o. del Decreto 2911 de 1991 que el demandante considera transgredido, dice :

> "Ajustes a efectuar en materia contable. Al finalizar cada ejercicio contable o cada mes, según el caso, se deberán efectuar los siguientes ajustes contables:.....".

De conformidad con esta norma son dos las oportunidades para hacer los ajustes: 1. Al finalizar el ejercicio contable; 2. Cada mes. El primer período debe equipararse al anual, si en cuenta se tiene, de un lado, que de acuerdo con los artículos 52, 152 y 445 del Código de Comercio el ejercicio contable corresponde a un año cuando debe hacerse el inventario y el balance general de los negocios; y de otro, que en materia de impuesto de venta y complementarios respecto del cual se aplican los ajustes integrales por inflación, la vigencia fiscal es anual.

Sin embargo, la circunstancia de que el período o ejercicio contable esté referido al año, no es óbice para que durante ese año puedan ocurrir cuentas de corte, inventarios y balances por períodos inferiores, si así lo consagran los estatutos de la sociedad a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2160 de 1986, según el cual, "Por lo menos una vez al año, el 31

de diciembre, la empresa debe emitir información sobre su situación financiera y el resultado de sus operaciones, identificando la fecha de corte de la información y el período que cubre".

Así las cosas, la posibilidad de hacer los reajustes mensualmente en el caso de que el período sea inferior a un año es la respuesta a una situación preestablecida en la ley y una medida conveniente y favorable para las empresas que en tales condiciones no tienen que esperar el cumplimiento del año para aplicar el PAAG (Porcentaje de Ajuste Anual Gravable). En esta forma, mediante el acto reglamentario se le da vida práctica a la norma y se facilita el cumplimiento de ella por parte del Gobierno en ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria conferida por el artículo 189-11 de la Constitución Nacional y por el mismo artículo 7o. del Decreto Extraordinario 2911 que lo autoriza para reglamentar el sistema de ajustes integrales por inflación en materia contable.

En virtud de la disposición últimamente citada tampoco puede hablarse de la inconstitucionalidad de los Capítulos II (artículos 8 a 20) y III (artículos 21 a 26) del Decreto acusado, por los cuales se establecen los procedimientos, requisitos, limitaciones, obligaciones o índices de ajustes, porque según ya ha quedado establecido dicho artículo 7o. le da facultades al Gobierno Nacional para reglamentar los procedimientos necesarios para aplicar el sistema de ajustes, facultades que resultan conformes con la legalidad habida consideración de que la potestad reglamentaria también puede ejercerse con base en un decreto con fuerza de ley como lo es el multicitado 2911 de 1991.

Ahora, si bien el Decreto 2911 estableció procedimientos, métodos y requisitos en la aplicación del PAAG para fines tributarios, no lo es menos que de conformidad con su artículo 7o., defirió al reglamento la posibilidad de hacerlo para fines contables.

Hay que reconocer desde luego que la ley no siempre establece los detalles de aplicación del criterio general que ella contiene ni prevé expresamente todos los casos en que pueda tener operancia. A suplir tales vacíos está llamado el reglamento en su función de desarrollar no sólo lo expreso sino también lo que hay implícito en ella; o como expresara la Sección Primera recientemente (sentencia de agosto 13/92) de "establecer los pormenores que el legislador dejó de lado al expedir la norma general, para de esta manera desentrañar el contenido ínsito de la ley, con el fin de hacerla viable y expedita en su aplicación. pero sin sustituirla, ni rebasar, ni restringir su verdadero alcance".

Finalmente y en cuanto hace relación a que las entidades oficiales que ejerzan funciones de control y vigilancia puedan prescribir obligatoriamente una de las opciones (anual o mensual), ha de entenderse, en primer término que afecta a los obligados a aplicar el sistema cuyo período sea superior a un

año, y en segundo término, como una función enmarcada dentro de la facultad del Gobierno para adoptar las normas tanto tributarias como contables que sean necesarias para la adecuada implantación del sistema de ajustes integrales por inflación (Ley 49 de 1990, artículo 25, numerales 5 y 6), y desde luego para su vigilancia y control administrativos de su contabilidad. En cuanto a la reglamentación de la contabilidad, hay que tener en cuenta también el artículo 50 del C. de Co., según el cual, la contabilidad debe sujetarse a la reglamentación que expida el Gobierno.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Por Secretaría, devuélvase al demandante la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, si no los hubo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de agosto de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA/ COMPETENCIA FUNCIONAL.

Si bien las sociedades demandantes no pretenden condena económica alguna, sostienen que para efecto de la solicitud de suspensión provisional, el acto acusado les ocasiona un perjuicio de contenido dinerario, que ellos mismos cuantifican y que permite predicar la presencia de un restablecimiento económico, así sea automático y de un proceso que tiene una cuantía, la cual ha debido señalarse en la demanda, pues ella es necesaria para determinar la competencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2018. Actor: Expreso de la Sabana Ltda., Flota Andina Ltda. y otras.

Procede la Sala de Decisión de la Sección Primera a decidir el recurso ordinario de súplica interpuesto oportunamente por el apoderado de las sociedades demandantes contra el auto de 17 de junio de 1992, proferido por el señor Consejero de Estado doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, con el fin de obtener su revocatoria y, en consecuencia, se disponga la admisión de la demanda y se decrete la medida de suspensión provisional propuesta.

El que de esta providencia sea ponente el suscrito Consejero de Estado obedece al hecho de haber sido negada la ponencia presentada por el Consejero Miguel González Rodríguez, quien seguía en turno.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante la providencia impugnada se declaró la incompetencia de esta Corporación para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por las sociedades actoras y, como consecuencia de ello, se ordenó enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones que, resumidamente, se expresan a continuación (fls. 62 a 70):

De la solicitud de suspensión provisional, formulada en el mismo libelo de demanda, se desprende que las sociedades actoras estiman que el acto acusado les causó un prejuicio "'... que se deriva de la disminución de 165 horarios diarios (sic) de los que les habían sido asignados como consecuencia de la reestructuración contenida en la Resolución No. 285 de 1991..' perjuicio que determinan, de acuerdo con el documento anexo como prueba sumaria del mismo, en la suma diaria de $1.435.500.oo, aplicable a todas las demandantes y que asciende a la suma de $523.957.500.oo como pérdida anual de ingresos para las mismas ".

Lo anterior, de acuerdo con jurisprudencia de la Sección Primera, que se cita y transcribe, conduce a predicar la falta de competencia de esta Corporación para conocer de la demanda instaurada, la que se radica en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de lo dispuesto por el numeral 9o. del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado de las sociedades demandantes, al disentir de la decisión impugnada, aduce en síntesis las siguientes razones :

1. Que las pretensiones de la demanda son precisas, por lo que resulta arbitrario darles una significación diferente, toda vez que sólo se pretende la declaración de nulidad de la Resolución No. 444 de 9 de Diciembre de 1991, y como consecuencia, la restitución de las rutas y horarios, sin que pueda deducirse que se está pretendiendo una indemnización, pues en ningún momento en la demanda se ha hecho estimación de perjuicios en la forma prevista en los artículos 132 num. 9o. del C.C.A. y 20 num. 1o. del C. de P.C., y la apreciación cuantitativa del perjuicio se hizo en cumplimiento del artículo 152 del C.C.A., en relación con la petición de suspensión provisional, que es una solicitud distinta y separada de la demanda misma, a cuyo contenido no se le puede atribuir el sentido de una pretensión.

2. Que no habiéndose intentado una acción reparatoria, no se le puede dar otro entendimiento con base en aplicación analógica de providencias dictadas para situaciones que no son asimilables a las del presente proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De tiempo atrás esta Sección ha mantenido la tesis uniforme de que la competencia de esta Corporación, entratándose del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sólo es predicable frente a los casos en que el acto cuya nulidad se solicite, siendo del orden nacional, no haya causado al actor ningún perjuicio económico alegable, demostrable o indemnizable.

En efecto, en auto de 4 de abril de 1991, con ponencia del señor Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez, se expreso lo siguiente :

> "En síntesis, una cosa es que la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho no tenga cuantía en razón de que el acto cuya nulidad se impetra no haya causado perjuicio económico alguno que se pueda alegar, demostrar y pedir que se indemnice, y, otra muy diferente, que el acto administrativo sí los haya originado, pero el perjudicado, o sus herederos o beneficiarios renuncien expresa o tácitamente a ellos, o disfracen la forma como pretende el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, pues, en el primer caso, si el acto administrativo del orden nacional es de carácter individual o particular, la acción contenciosa carecerá de cuantía y el juez competente es el Consejo de Estado, al paso que, en el segundo evento o situación, la acción tendrá la cuantía determinable en forma razonada y el juez competente será el tribunal administrativo seccional que ejerce jurisdicción en el lugar en donde el acto se expidió, así no pueda proferir condena económica por perjuicios causados por el acto que el perjudicado no solicite" (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 4 de abril de 1991, Expediente No. 1184, Actor : Instituto Farmacológico Colombiano, " ITALMEX ", Extractos de Jurisprudencia, Abril, Mayo y Junio de 1991. Primera Parte, Tomo XII, págs. 127 a 130).

En el expresado sentido pueden citarse además, entre otras, las providencias que a continuación se identifican, las cuales ratifica la Sala y las acoge como fundamento de esta decisión, por ser cabalmente aplicables al caso sub judice, en el cual, si bien las sociedades demandantes no pretenden condena económica alguna, sostienen que para efecto de la solicitud de suspensión provisional, el acto acusado les ocasiona un perjuicio de contenido dinerario, que ellos mismos cuantifican y que permite predicar la presencia de un restablecimiento económico, así sea automático, y de un proceso que tiene una cuantía, la cual ha debido señalarse en la demanda, pues ella es

necesaria para determinar la competencia, presupuesto éste que como lo indica el ordinal 6o. del artículo 137 del C.C.A., en concordancia con los ordinales 9o. de los artículos 131 y 132 ibídem, es de absoluto cumplimiento, por constituir factor objetivo determinante de la competencia funcional del Tribunal en única o en primera instancia.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de noviembre 7 de 1990, Consejera Ponente doctora Miryam Guerrero de Escobar. Expediente No. 1379, Actor : De Zubiría Hermanos Chicles de Colombia. Extractos de Jurisprudencia, Octubre, Noviembre y Diciembre de 1990, Primera Parte, Tomo X, págs. 167 a 169.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 15 de febrero de 1991, Consejero Ponente doctor Rodrigo Vieira Puerta, Expediente No. 1170, Actor : Cinema International Corporation Ltda., Extractos de Jurisprudencia Enero, Febrero y Marzo de 1991, Tomo XI, Págs. 212 a 223.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado,

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto suplicado, proferido el 17 de junio de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Miguel González Rodríguez, salvó el voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ COMPETENCIA POR CUANTIA/ JURISDICCION ROGADA/ PRETENSIONES (Salvamento)

Son las pretensiones económicas que formule el actor en su escrito de demanda, y sólo ellas, lo que determina que una acción contenciosa administrativa tenga cuantía. No las que el juez, quien en esa materia no puede obligar al demandante a hacerlo, pues se trata de cuestiones por lo general renunciables y no de orden público. Por lo demás, se iría en contra del principio de la jurisdicción rogada, con detrimento de la parte demandada, por lo general en esta jurisdicción las personas de derecho público, que se verían en la situación de poder ser condenadas a indemnizar perjuicios materiales y morales que el accionante no quiere ni busca, pero que el juez, en ejercicio de un poder que no se le ha conferido, obliga a reclamar al demandante, mediante el expediente de exigirle que determine una cuantía de sus pretensiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente Nº. 2018. Actor: Expreso de la Sabana y otros.

Como lo expresaba en la ponencia que redacté para la Sala y que ésta negó por mayoría siguiendo la posición adoptada por la Sección desde el año de 1990, que compartí hasta hace poco, contribuyendo inclusive a reforzarla con argumentos como los que se transcriben en la providencia de la cual me separé, elaborados por el suscrito Consejero y expuestos en auto de 4 de abril de 1991, actor: ITALMEX, expediente # 1184, lo que determina que una acción contencioso-administrativa -de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o de naturaleza u origen contractual administrativo- tenga cuantía, que debe ser estimada por el demandante en la forma señalada en los artículo 131 y 132 del C.C.A., son las pretensiones económicas que formule el actor en su escrito de demanda, y sólo ellas. No las que el juez, quien en esa materia no puede obligar al demandante a hacerlo, pues se trata de cuestiones por lo general renunciables y no de orden público, considere que el accionante debió formular, pues por esa vía, por lo demás, se iría contra el principio de la "jurisdicción rogada", con detrimento de la parte demandada, por lo general en esta jurisdicción las personas de derecho público, que se verían en la situación de poder ser condenadas a indemnizar perjuicios materiales y morales que el accionante no quiere ni busca, pero que el juez, en ejercicio de un poder que no se le ha conferido, obliga a reclamar al demandante, mediante el expediente de exigirle que determine una cuantía de sus pretensiones, y así también obligarlo a someterse a dos instancias que la ley no ha consagrado para las acciones de nulidad y restablecimiento sin cuantía.

con el debido respeto.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

PATENTE DE INVENCION

Si bien es cierto la solicitud de patente de invención objeto de los actos que ocupan la atención de la Sala se encontraba dentro del estado de la técnica para la fecha de presentación de la solicitud, no es menos cierto que es de aplicación industrial y perfecciona creaciones anteriores. En el evento *sub lite* se dan las circunstancias previstas en el artículo 1º. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 03797 de 31 de mayo de 1989, expedida por la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y de los actos presuntos confirmatorios de ésta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 1461. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 03797 de 31 de Mayo de 1989, de la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: Luis Eduardo Samper Bermúdez.

LUIS EDUARDO SAMPER BERMUDEZ, a través de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho, para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I. PETITUM

1a.) Que es nula la Resolución No. 03797 de 31 de Mayo de 1989, proferida por la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del expediente No. 227.975, mediante la cual se negó la solicitud de patente de que da cuenta dicho expediente.

2a.) Que son nulos los actos confirmatorios de tal Resolución, producidos como consecuencia del silencio administrativo negativo en que ha incurrido la administración.

3a.) Que como consecuencia de la nulidad y para restablecer al particular en su derecho, se otorgue el título de la patente y se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio su correspondiente registro, o, en subsidio, si el examen definitivo de la invención sólo fuere parcialmente favorable, se otorgue el título de la patente incluyendo solamente las reivindicaciones aceptadas.

II. CAUSA PETENDI

LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Para fundamentar sus pretensiones el demandante afirma que se han violado los artículo 30, 31, 32 y 120 numeral 18 de la Constitución Nacional de 1886; 1o., 2o. y 20 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación nacional mediante el Decreto 1190 de 1978.

Los cargos pueden resumirse así:

Primer cargo:

Los artículos 30, 31, 32 y 120 numeral 18 de la Constitución Nacional de 1.886, que desarrollan los artículos 653, 664 y 671 del Código Civil, que consagran que los bienes consisten en cosas corporales e incorporales; que las cosas incorporales son derechos reales o personales y que las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores, fueron violados por los actos acusados, pues la Carta fundamental en los artículos citados garantiza la propiedad privada, los privilegios que pueden concederse, la libertad de empresa e iniciativa privada y le otorgan al Presidente de la República la facultad de conceder patentes de invención, además que la realización de una invención otorga a su creador, sea persona natural o persona jurídica, un

derecho público subjetivo frente al Estado, de solicitar y obtener una patente siempre que reúna los requisitos para su concesión.

Segundo cargo:

Con los actos impugnados se violan los artículos 1o. y 2o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena en cuanto la patente cuyo título se solicita consiste en una creación susceptible de aplicación industrial o que perfecciona dicha creación, y es además novedosa, y, sin embargo, el examinador de la oficina técnica de patentes rindió el concepto técnico definitivo No. 3 de 20 de Enero de 1989, pasando por alto los elementos novedosos que distinguen y tipifican la invención, pues es evidente que todas las máquinas, no sólo de uso agrícola sino en casi todos los usos industriales, emplean "ejes móviles giratorios" sobre los cuales van los elementos de trabajo propiamente dichos que algunas veces empujan el producto vegetal contra otros elementos similares estáticos, fijados en la carcaza del aparato y otros desmenuzan por acción del golpeteo el material, pero olvida que los medios de que se valen las diferentes solicitudes presentan diferencias notables que determinan que la operación realizada en cada uno de dichos aparatos sea distinta y se adapte a tipos igualmente distintos de operaciones, produciendo resultados finales igualmente distintos.

Que la máquina objeto de la invención rechazada, definida en la reivindicación 1, tiene dos funciones críticas y básicas novedosas, que son: trozar y cernir, aspecto éste básico que fue menospreciado por el examinador y que no presentan las otras máquinas cuyo objetivo es descascarar la mazorca de cacao y clasificar por tamaños las mazorcas mediante mallas de tamizado.

Que la patente No. 18660 se refiere únicamente a una máquina quebrantadora y clasificadora de la mazorca del cacao y la invención cuya patente se solicita se aplica indiscriminadamente a cualquier producto vegetal no persiguiendo separar elementos distintos entre sí sino producir una masa o papilla en material vegetal, lo que hace que mal pueda decirse que la patente constituye una "anterioridad".

Frente a la solicitud 187.058 que aporta el examinador como elemento que destruye la novedad de la solicitud denegada y establece el estado de la técnica, la máquina a que se refiere la citada solicitud se destina única y exclusivamente a desgranar cacao, lo que la sitúa en el campo del aprovechamiento de la mazorca, en tanto que la máquina objeto de la invención denegada no trata de romper ni separar ninguna cáscara ni conservar ningún fruto sino convertir todo el conjunto en una masa o papilla húmeda.

Tercer cargo:

Se violó el artículo 20 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena por cuanto ha debido accederse a la patente de manera parcial, incluyendo las

reivindicaciones aceptadas, ya que en el concepto técnico rendido por el examinador objetivamente se consigna que existen similitudes pero de la misma manera existen diferencias que es lo que constituye la invención.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La demandada SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO guardó silencio, según consta en el informe secretarial obrante a folio 75.

El actor alegó de conclusión ratificando los puntos planteados en la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del contenido de la Resolución No. 03797 de 31 de Mayo de 1989 (folios 35 a 36) se infiere que la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, consideró que la solicitud de patente de privilegio de invención consistente en "APARATO PARA TROZAR Y CERNIR PRODUCTOS VEGETALES", debía denegarse por no tratarse de una solicitud patentable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, dado que existían patentes registradas con anterioridad, como las números 18.660 y 187.058, y de acuerdo con el examen de la Oficina Técnica de Patentes, la solicitud del actor presenta grandes similitudes con aquéllas, como quiera que en todos los casos se emplea por lo menos en eje móvil giratorio sobre el cual van elementos estáticos que empujarán al producto vegetal contra otros elementos similares estáticos fijos a la carcaza, existiendo una sola diferencia cual es el corte en los elementos.

Ante la solicitud del apoderado de la actora en el sentido de designar peritos para que conceptúen sobre si el objeto de la invención en su integridad se encontraba para la fecha de presentación de la solicitud de patente, dentro del estado de la técnica y si la invención constituye una creación nueva o un perfeccionamiento de creaciones anteriores susceptibles de aplicación industrial, este Despacho mediante proveído de 1º. de marzo de 1991, decretó la prueba pericial que arrojó los siguientes resultados (folios 209 a 216):

1. La patente solicitada coincide en su integridad con un molino, máquina ésta que se puede comprar en almacenes especializados desde hace más de 30 años, lo que permite afirmar que el objeto de la invención se encontraba en su integridad, para la fecha de presentación de la solicitud, dentro del estado de la técnica.

2. La patente solicitada se asemeja a un molino para vegetales, que de acuerdo con su diseño corresponde a un "molino de martillos" y no a las máquinas de las patentes Nos. 18.660 y 187.058, las cuales rompen las cáscaras externas, desgranan y separan el fruto.

3. La invención no constituye una creación nueva por cuanto sus componentes mecánicos y sus características de uso son similares a un molino de martillo y éstos existen desde hace bastante tiempo en el mercado. Sin embargo, el aparato diseñado es una máquina de aplicación industrial para moler productos vegetales que permite perfeccionarse mediante mejoras en los sistemas de alimentación y mecánico que puede igualar y mejorar a otras máquinas de características similares.

De lo ya analizado se deduce que si bien es cierto la solicitud de patente de invención objeto de los actos que ocupan la atención de la Sala se encontraba dentro del estado de la técnica para la fecha de presentación de la solicitud, no es menos cierto que es de aplicación industrial y perfecciona creaciones anteriores.

Teniendo en cuenta que el dictamen pericial no fue objetado, su fundamentación y lo juicioso de su análisis hacen que preste mérito probatorio suficiente, y le permite concluir a la Sala que en el evento *sub lite* se dan las circunstancias previstas en el artículo 1o. de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, que estatuye:

> "Se otorgará patente de invención a las nuevas creaciones susceptibles de aplicación industrial y a las que perfeccionen dichas creaciones."

Por las razones aducidas prospera el cargo por violación del artículo 1o. de la Decisión 85 frente a la Resolución No. 3797 de 31 de Mayo de 1989 y a los actos confirmatorios de ésta, toda vez que al no haberse pronunciado la administración sobre los recursos interpuestos por el actor en escrito de 10 de Noviembre de 1989 (folios 117 a 126), operó el fenómeno del silencio administrativo negativo, lo que hace que dichos actos presuntos, por ser consecuencia del principal, queden cobijados por el decreto de nulidad.

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

FALLA:

1º): Declárase la nulidad de la Resolución No. 03797 de 31 de Mayo de 1989, expedida por la Sección de Patentes de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, y de los actos

presuntos confirmatorios de ésta, por las razones a que alude la parte motiva de esta providencia.

2º): Como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del Derecho se ordena a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, SECCION DE PATENTES, DIVISION DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, proceder al otorgamiento de la patente de invención consistente en "UN APARATO PARA TROZAR Y CERNIR PRODUCTOS VEGETALES" de que trata el expediente No. 227.975.

3º): Publíquese ésta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

4º): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veintisiete (27) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMOLICION- Improcedencia/ **FALSA MOTIVACION**

La decisión adoptada en las Resoluciones cuestionadas no tuvo como real y verdadero motivo el fin perseguido por la norma - artículo 216 del Decreto 1355 de 1970 - ni se tomó como fundamento en la causa que ella prevé. En efecto, el edificio demolido no amenazaba ruina y, desde luego, por ello no estaba en peligro la seguridad y la tranquilidad públicas. Estas circunstancias nunca existieron, lo que lleva a la inexorable conclusión de que otro bien distinto era el motivo que se escondía detrás de la aparente legalidad que cubría las Resoluciones acusadas.

LUCRO CESANTE- Determinación

Se discrepa en cuanto a la manera de liquidar el lucro cesante, pues no encuentra lógico ni valedero que se tenga como base para su cálculo la futura vida útil del edificio, la cual estimaron los peritos en veinte (20) años a partir del momento de demolición, pues no es ciertamente razonable que dicho lucro cesante se extienda más allá del tiempo de privación del disfrute del inmueble que no podía ser mayor que el necesario para levantar de nuevo la edificación en el lote de los demandantes. Como no existe pauta en el expediente que permita señalar el tiempo que duraría en levantar de nuevo la construcción, la Sala, según prudente juicio, estima que una de las mismas características de la demolida, podría demorar no más de dos años.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 1682. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: Antonio, Juan Bautista y Jesús Aristizábal Fernández.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Judicial de la parte demandada - Municipio de Calarcá (Quindío) - contra la sentencia de 18 de Enero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió a las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- Los SEÑORES ANTONIO, JUAN BAUTISTA Y JESUS ARISTIZABAL FERNANDEZ, por medio de apoderado, acudieron ante el Tribunal Administrativo del Quindío, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones: 1a): Que es nula la Resolución No. 006 de 19 de Junio de 1989, expedida por la Inspección Segunda Municipal de Policía de Calarcá, por medio de la cual se ordenó la demolición total del inmueble situado en la carrera 25 con calle 40 -esquina -; 2a): Que es igualmente nula la Resolución sin número de 30 de Junio de 1989, expedida por la misma Inspección por la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella, confirmándola; 3a): Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al municipio de Calarcá a pagarles, a título de restablecimiento del derecho, la suma de $5.000.000.oo como daño emergente y la cantidad que se liquide por concepto de lucro cesante derivado de la pérdida de la percepción de las rentas por arrendamiento del local y tres apartamentos del inmueble referido, durante el lapso de vida útil de la edificación, a razón de $240.000.oo mensuales, o, subsidiariamente, la suma que se determine mediante prueba pericial.

I.2.- La demanda aparece fundamentada en los hechos que se resumen a continuación:

a.): Los demandantes son copropietarios de un lote de terreno mejorado con una edificación de dos plantas, situado en Calarcá (Quindío), en la esquina de la calle 40 con carrera 25, esquina, alinderado según títulos de adquisición que se aportan con la demanda.

b.): la Inspección Segunda Municipal de Policía de Calarcá expidió las Resoluciones acusadas, que ordenaron la demolición de la aludida edificación.

c.): El señor Juan Bautista Aristizábal Fernández fue la persona que se notificó de las mencionadas resoluciones.

d.): Los demandantes sufrieron cuantiosos perjuicios con la orden de demolición, que consistieron en el daño emergente por la destrucción de la edificación y en el lucro cesante por la pérdida de los frutos civiles que el arrendamiento de edificio daba o podía dar a sus propietarios, pues él tenía un amplio local en la primera planta y tres apartamentos para vivienda en la segunda.

e.): Por el arrendamiento de la primera planta había ofertas de $200.000.oo mensuales y por los apartamentos de la segunda planta había ofertas de $50.000.oo cada uno, para un total de $350.000.oo mensuales.

f.): La edificación tenía una vida útil no inferior a diez (10) años.

I.3.- Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 16, 20, 26, 30, 63 y 215 de la Constitución Nacional de 1886; 5o. de la Ley 57 de 1887; 669 y 988 del Código Civil; 1o., 2o., 6o., 122, 198, 216, 223, 224 y 228 del Código Nacional de Policía: 14, 28, 34, 35, 43, 44, 46 y 48 del Código Contencioso Administrativo y 380 del Decreto-Ley 1333 de 1986.

I.4.- Como fundamento de la violación aducen, en esencia, que se ordenó la demolición del edificio sin oír a los señores Antonio y Jesús Aristizábal Fernández, quienes ejercían su derecho de propiedad sin abusar de él, vulnerándose el derecho de defensa, y que, por otra parte, la edificación no era susceptible de demolición ya que no amenazaba ruina ni se cumplían los otros requisitos del artículo 216 del Código Nacional de Policía, razón por la cual los actos acusados quedaron afectados de falsa motivación.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acoger las súplicas de la demanda, el Tribunal Administrativo del Quindío razonó, así:

Al haber adelantado la administración municipal de Calarcá una actuación que culminó con los actos sin vincular a dicha actuación, ni notificarles la decisión adoptada a los señores Antonio y Jesús Aristizábal Fernández, quienes tienen la calidad de copropietarios del inmueble demolido, según se acreditó en el proceso con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Calarcá (Quindío) y con las escrituras públicas que aportaron al expediente, se violó el artículo 14 del Decreto 01 de 1984 que ordena la citación de los terceros determinados que puedan tener un interés directo en la decisión administrativa, así como los artículos 28, 34, 35, 44 y 48 del mismo Decreto que consagran como deberes de las autoridades para con los terceros directamente interesados en las actuaciones administrativas

que aquéllas adelanten. En suma, dice el *a-quo*, se incurrió en desconocimiento del derecho del debido proceso, consagrado en el artículo 26 de la Carta.

En cuanto a la demolición del edificio, manifiesta el Tribunal, que de acuerdo con las pruebas recogidas en este proceso, el edificio ubicado en la esquina de la carrera 25 con calle 40 de Calarcá (Quindío), no amenazaba ruina, a pesar de presentar deterioros en sus techos, puertas, pisos, ventanas, etc., ya que su estructura se encontraba en buen estado, por lo cual no se reunían los requisitos previstos en el artículo 216 del Código Nacional de Policía para la orden de demolición. La orden contenida en las Resoluciones acusadas se fundamenta en la amenaza de ruina y como esta circunstancia nunca existió, debe concluirse que las mentadas Resoluciones están viciadas de falsa motivación.

Para el reconocimiento de los perjuicios materiales, el Tribunal tiene en cuenta únicamente el monto de lo pedido en la demanda, límite que no puede ser rebasado por la sentencia sin incurrir en fallo ultra-petita. En consecuencia, sigue diciendo, se les reconocerá a los demandantes la suma de $5.000.000.oo por concepto de daño emergente, y no $ 12.000.000.oo como lo avalúan los peritos; a título de lucro cesante la suma de $240.000.oo mensuales, y no $300.000.oo mensuales, como lo estiman los peritos, durante los veinte (20) años de vida futura útil del bien desde el momento de su demolición, ocurrida el 18 de Septiembre de 1989, y que hubieran sido percibidos por los condueños del mismo, por concepto de arrendamiento del local comercial del primer piso y de los tres apartamentos de la segunda planta del edificio.

El total de la indemnización que se reconoce es el siguiente:

Daño emergente	$ 5.000.000.oo
Lucro cesante	$ 57.600.000.oo

($240.000.oo mensuales por 20 años de vida útil del bien).

Total perjuicios materiales $ 62.600.000.oo, suma ésta de la cual corresponde el 50.1% a Juan Bautista Aristizábal Fernández, el 24.9% a Jesús Aristizábal Fernández y el 24.9% a Antonio Aristizábal Fernández, en proporción a sus cuotas partes de dominio, según se desprende de las escrituras públicas que obran en el expediente, y cuyas cuantías se señalan en la parte resolutiva del fallo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La apoderada del demandado - municipio de Calarcá - disiente de la providencia impugnada en los términos que a continuación se sintetizan:

Al interponerse en la vía gubernativa contra la Resolución número 006 de 19 de Junio de 1989 un recurso improcedente, porque lo viable era interponer el recurso de apelación, se concluye que no se agotó aquella vía con relación al señor Juan Bautista Aristizábal Fernández, pues los otros dos demandantes no fueron vinculados a esas diligencias administrativas, por lo tanto, este proceso debe ser declarado nulo desde el auto admisorio de la demanda.

En lo que respecta a la demolición del inmueble, expresa que había peligro inminente de que éste se derrumbara por el deterioro avanzado en que se encontraba, conforme se desprende de algunos apartes de la Resolución No. 006 de 19 de Junio de 1989, entre los cuales se destaca el concepto emitido por la Sociedad Calarqueña de Ingenieros. Este concepto y otros emitidos por expertos de la administración municipal, fueron los que llevaron a la Inspección Segunda de Policía de Calarcá a declarar que el edificio amenazaba ruina y ponía así en peligro la seguridad y tranquilidad públicas. De allí que no era posible su remodelación como lo habían solicitado sus propietarios, sino que era procedente ordenar su demolición, como así ocurrió.

En cuanto al dictamen pericial consigna que es exagerado el tiempo señalado por los peritos como vida útil del inmueble, pues aparecen declaraciones disímiles en ese sentido.

Termina diciendo el apelante que de no revocarse la sentencia de primera instancia y negarse las súplicas de la demanda, debe entonces rebajarse la condena ya que fue excesiva.

IV.- CONCEPTO FISCAL.

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación comparte los criterios expuestos por el Tribunal en la sentencia apelada, con excepción del monto de la condena pecuniaria impuesta al ente demandado. Dice que no se ve la razón para que el lucro cesante se extienda más allá del tiempo de privación del disfrute del inmueble que no podría ser mayor que el necesario para levantar de nuevo la edificación en el lote de los demandantes. De tal manera que la fórmula aplicada por el Tribunal es inaceptable por cuanto generaría un enriquecimiento sin causa, razón por la cual el fallo debe ser modificado en este aspecto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Se sabe por los antecedentes administrativos que reposan en el proceso que después de una diligencia de lanzamiento practicada en el Café Nevada que funciona en el primer piso del inmueble cuya demolición fue ordenada, sus propietarios solicitaron a la Secretaría de Obras Públicas Municipales permiso para remodelar y hacer mantenimiento al inmueble. En el mismo

sentido se dirigieron al Alcalde Municipal de Calarcá, petición a la cual anexaron algunos conceptos técnicos y planos de la remodelación. Esta petición fue enviada de nuevo a la Secretaría de Obras, oficina que en comunicado del 3 de Marzo de 1989 contestó a los actores que no concedía la autorización porque el proyecto contrariaba varios Acuerdos y por el deterioro avanzado del inmueble. La misma dependencia remitió los documentos a la Inspección 2a. Municipal de Policía para que adelantara las diligencias correspondientes a la demolición del inmueble, de conformidad con el artículo 216 del Decreto 1355 de 1970.

El primer argumento alude a que no se agotó la vía gubernativa por haberse interpuesto en el escenario administrativo un recurso improcedente. Al respecto cabe señalar que la Resolución acusada número 006 de 19 de Junio de 1989, notificada personalmente al señor Juan Bautista Aristizábal Fernández (folio 54 del cuaderno 4), único vinculado a la actuación administrativa, dispuso que contra ella procedía el recurso de reposición, lo que constituye acatamiento a lo previsto en el artículo 229 del Decreto-Ley 1355 de 1970 - Código Nacional de Policía -, el cual consagra que contra las medidas impuestas por los alcaldes e inspectores procede únicamente aquel recurso, del cual, precisamente, en oportunidad, hizo uso el mencionado Aristizábal Fernández.

Conviene sí hacer claridad a la recurrente en cuanto a que, desde luego, de no haber ocurrido así, el efecto habría sido por dicha omisión, es decir, por el no agotamiento de la vía gubernativa, no la nulidad del proceso, como la apelante erróneamente lo plantea, sino, por aquel aspecto, una decisión inhibitoria.

Con relación a la demolición del edificio, la Sala comparte las apreciaciones del Tribunal que fundadas en conceptos técnicos y declaraciones de testigos vertidas en el proceso no desvirtúa la recurrente, quien se limita a reproducir los argumentos aducidos en las Resoluciones acusadas.

La motivación, fundamental de los actos administrativos demandados se concentra básicamente en el concepto emitido por la Sociedad Calarqueña de Ingenieros el 8 de Junio de 1989, cuyas conclusiones la apoderada del municipio de Calarcá transcribe en su escrito de apelación como sustento del recurso, las cuales son del siguiente tenor:

> "...a. Todas las instalaciones tanto Sanitarias, Hidráulicas, Eléctricas, están construidas exteriormente, sin ningún diseño adecuado para ello, presentando esto un problema de seguridad, sobre todo las conducciones eléctricas que pueden ocasionar un incendio con graves consecuencias debido a que el inmueble todavía está ocupado.

"b. En cuanto a la parte estructuras es muy poco lo que podemos conceptuar debido a que no se conocen memorias de la estructura, a simple vista se puede observar que en ningún momento cumple con las especificaciones del Código Sismo Resistente, de acuerdo al Decreto 1400 de Diciembre de 1984, de igual manera, se debe encontrar la parte correspondiente a cimentaciones (Zapatas, Vigas, etc.).

"c. El inmueble en mención es una mezcla de materiales (Bahareque, Ladrillo, Cemento, Madera, etc.), sin ningún diseño arquitectónico definido que no enmarca en la Plaza de Bolívar de nuestra ciudad. Ni cumple con las especificaciones del Plan de Desarrollo de Calarcá..." (folio 158).

Recomienda la mencionada Sociedad que con base en lo anterior debe demolerse el edificio.

El anterior concepto antes de inducir a pensar que el edificio de los demandantes amenazaba ruina con grave peligro para la seguridad y tranquilidad públicas, permite advertir en él que su recomendación obedece antes que a inminente ruina del bien a un motivo diferente cual es el de que su estilo no encuadraba dentro del diseño arquitectónico que distingue la Plaza de Bolívar de la ciudad, ni cumplía con las especificaciones del Plan de Desarrollo del municipio de Calarcá.

Los demandantes, propietarios del inmueble demolido, habían solicitado, como ya se dijo, a la administración municipal licencia para hacer en él reformas y obras de mantenimiento. En esa ocasión, el Ingeniero Henry García Moreno conceptúa a la Alcaldía Municipal de Calarcá que luego de hacer una inspección detallada de toda la estructura, vigas y columnas en concreto reforzado, haciendo algunos apiques de chequeo para comprobar la correcta posición como también los diámetros del acero de refuerza, concluye, que dicha estructura puede ser aprovechada dentro de la remodelación y además con la garantía de un concreto que por su edad ofrece una mayor resistencia. También consideraba que para garantizar el buen funcionamiento de las instalaciones hidráulicas, sanitarias y eléctricas, es preciso hacer unos ajustes que ya han sido previstos por los propietarios y asesores de la construcción (folios 30 y 31 del cuaderno 4).

En el mismo sentido, pero en un concepto más amplio, detallado y explicado técnicamente, se expresa el Ingeniero Civil Jesús Bolívar Bolívar a folios 32 y 33 del cuaderno 4, para sugerir a la administración municipal aprobar la licencia para remodelar el referido local. Consigna, entre otras, las siguientes:

"Evaluando toda la información anterior y una vez chequeados los pórticos de la estructura a través del cálculo y el análisis estructural puedo deducir lo siguiente:

"1.- La estructura se encuentra equilibrada para soportar las cargas que en el momento está recibiendo, siendo éstas mínimas.

"2.- La estructura no está soportando más que la carga de un piso de madera, las paredes de ladrillo y la cubierta, cuando tiene suficiente capacidad para soportar incluso la carga de una placa de concreto reforzado.

"3.- ...

"4.- En veinte años que tiene la construcción han habido suficientes movimientos sísmicos registrados y reconocidos en la escala de intensidades del INSTITUTO GEOFISICO DE LOS ANDES, sin llegar a sufrir daño alguno, lo que nos demuestra excelentemente su SISMORESISTENCIA.

"5.- ...

"6.- ...

"7.- Las dos únicas fisuras mencionadas NO AFECTAN EN NADA la estructura con las cargas existentes.

"8.- Es de anotar que las dos fisuras son verticales, y cuando existe falla por cortante, es decir, fallas provocadas por cargas verticales y horizontales o en otras palabras por sobrepeso y sismos, las fisuras se presentan en sentido diagonal u oblicuo.".

Los Ingenieros Diego Guerrero Castro y Luis Fernando García, conjuntamente conceptuaron que:

"Los diferentes elementos estructurales, tales como las vigas y las columnas se encuentran en buen estado y están capacitados para soportar las cargas actuales y las que se ha propuesto desarrollar según planos de reestructuración con alcance para dos (2) pisos;...

"El estado actual de la edificación, aunque es lamentable su mantenimiento, justificado quizás porque no está siendo utilizada en servicio alguno, no amenaza ruina y puede llevarse a cabo la reestructuración que se pretende dar...".

(folios 41 y 42 del cuaderno 4).

Coincide con los anteriores conceptos el del Ingeniero Gabriel Bernal Gómez, quien manifiesta que la referida construcción no amenaza ruina y que puede ser además aprovechada para la remodelación propuesta (folio 34 y 35 del cuaderno 4).

Los mencionados Ingenieros, con excepción de este último, rinden declaración en este proceso, en la primera instancia (Folio 7 a 16 y 53 a 55 cuaderno 3), confirmando los respectivos conceptos técnicos a que se ha hecho referencia; y a través de sus dichos amplían y explican aún más sus anteriores criterios, dando así más firmeza a sus conclusiones técnicas, las cuales resumió el *a quo* diciendo que el inmueble demolido no amenazaba ruina, a pesar de presentar deterioros en sus techos, puertas, pisos, ventanas, etc., ya que su estructura se encontraba en buen estado, apta para soportar la carga existente antes de la demolición y aún para resistir cargas de reconstrucción. En otras palabras, el inmueble era susceptible de remodelación y no ofrecía ningún peligro que ameritara su demolición.

Con los anteriores conceptos técnicos guardan armonía los testimonios rendidos por los señores Joaquín Emilio Cano García, José López y Luis Gonzaga Garzón, quienes son contestes en afirmar que jamás advirtieron amenaza de ruina de la edificación (folios 53 a 56 y 59 a 62 del cuaderno 3).

De todo lo anterior, se desprende, que la decisión adoptada en las Resoluciones cuestionadas no tuvo como real y verdadero motivo el fin perseguido por la norma - artículo 216 del Decreto 1355 de 1970 - ni se tomó como fundamento en la causa que ella prevé. En efecto, el edificio demolido no amenazaba ruina y, desde luego, por ello no estaba en peligro la seguridad y la tranquilidad públicas. Estas circunstancias nunca existieron, lo que lleva a la inexorable conclusión de que otro bien distinto era el motivo que se escondía detrás de la aparente legalidad que cubría las Resoluciones acusadas.

El acervo probatorio traído a colación es elocuente demostración de que los actos administrativos impugnados fueron expedidos, como bien lo entendió el Tribunal, con falsa motivación, lo cual les acarreó la sanción anulatoria con la cual concluyó el fallo apelado, que esta Sala, por supuesto, habrá de confirmar.

La condena de perjuicios.-

En este punto la Sala también, al igual que la Agencia del Ministerio Público, discrepa en cuanto a la manera de liquidar el lucro cesante, pues no encuentra lógico ni valedero que se tenga como base para su cálculo la futura vida útil del edificio, la cual estimaron los peritos en veinte (20) años a partir del momento de demolición, criterio que acogió sin reservas el *a-quo*, pues no es ciertamente razonable que dicho lucro cesante se extienda más allá del tiempo de privación del disfrute del inmueble que no podía ser mayor que el necesario para levantar de nuevo la edificación en el lote de los demandantes.

Como no existe pauta en el expediente que permita señalar el tiempo que duraría en levantar de nuevo la construcción. la Sala, según prudente juicio, estima que una de las mismas características de la demolida, podría

demorar no más de dos años, factor temporal éste que habría de tenerse en cuenta para la liquidación, al igual que habrá de considerarse el tiempo comprendido entre la fecha en que se efectuó la demolición (18 de Septiembre de 1989) y la de esta sentencia, término durante el cual los demandantes se privaron de la probabilidad futura y cierta de percibir el fruto que les brindaría el arrendamiento del local y los tres apartamentos que conformaban el inmueble.

En este aspecto, entonces, habrá de modificarse la sentencia impugnada, como a continuación se expresa.

La indemnización del lucro cesante comprende dos períodos: el primero o vencido se cuenta desde el 18 de septiembre de 1989 hasta la fecha de esta providencia, o sea el 27 de Agosto de 1992, con un total de 35.3 meses; el segundo, o anticipado, como ya se anotó, es de 24 meses (tiempo que duraría levantar de nuevo la construcción). Los ingresos que así resulten no se actualizarán por no haberse decretado en la sentencia de primer grado, siendo ésta congruente con las pretensiones de la demanda, en la cual no se incluyó este extremo.

Para el cálculo de esa indemnización se aplicarán las fórmulas que para estos eventos ha consagrado reiteradamente la jurisprudencia de la Corporación.

Primer período. Indemnización vencida o consolidada.

$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$ en donde

S = Será la suma o indemnización buscada.

R = La renta mensual.

i = El interés técnico o puro del 6% anual o del 0.4867 mensual; como se trabaja con 1 y no con 100 ese interés se representa como 0.004867

n = Mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

Al efectuarse la aplicación de esta fórmula se obtiene:

$$S = 240.000 \frac{(1 + 0.004867)^{35.3} - 1}{0.004867}$$

S = $ 9.218.900.oo

Segundo período. Indemnización futura o anticipada.

$$S=240.000\frac{(1+0.004867)^{24}-1}{0.004867\,(1+0.0001867)^{24}}$$

S = $ 5.423.885.oo

Valor total lucro cesante = $ 9.218.900.oo + $ 5.423.885.oo = $14.642.785.oo

Esta última suma se dividirá entre los demandantes en la proporción que se señaló en el fallo apelado, la cual no sufre modificación por corresponder a la realidad que se deriva del proceso. En consecuencia, les corresponderá: a Juan Bautista Aristizábal Fernández, el 50.1% de la indicada suma; y a Jesús y Antonio Aristizábal Fernández, el 24.9%, a cada uno de ellos, de la misma suma, lo que arroja el siguiente resultado: al primero de ellos le corresponde $ 9.841.035.oo y a los otros dos, de $ 4.900.875.oo a cada uno.

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

FALLA:

1o): CONFIRMASE el numeral 1o. del fallo apelado, mediante el cual se declaró la nulidad de las Resoluciones acusadas.

2o): CONFIRMASE, igualmente, el numeral 2o. en cuanto a que por él, como consecuencia de las nulidades decretadas en primera instancia, y confirmadas por el numeral 1o. de esta providencia, se condenó al municipio de Calarcá, Quindío, a la suma de CINCO MILLONES DE PESOS ($ 5.000.000.oo) por daño emergente.

3o): MODIFICASE dicho numeral 2o. en lo referente a la cuantía del lucro cesante, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, en este aspecto, el fallo quedará así:

CONDENASE al municipio de Calarcá, Quindío, a pagar a los señores JUAN BAUTISTA, JESUS Y ANTONIO ARISTIZABAL FERNANDEZ,

a título de lucro cesante, la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($14.642.785.OO). Por consiguiente, el total de los perjuicios materiales a que queda condenado el municipio es la suma de DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($19.642.785.oo), valor que se repartirá entre los demandantes en la proporción puntualizada en los considerados de esta sentencia.

4o): CONFIRMASE de igual manera, los numerales 4o. y 6o. del fallo recurrido.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veintisiete (27) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALOR AUXILIAR-Creación /**CONGRESO DE LA REPUBLICA** - Facultades

Si bien es cierto que por mandato del artículo 187 numeral 10o., de la Constitución de 1886 - que corresponde al 300 numeral 9o. del actual - las asambleas pueden conceder facultades extraordinarias a los gobernadores, también lo es que ellas deben ser pro-tempore y versar sobre las "precisas funciones" que le hayan sido asignadas o le correspondan según la Carta. La Constitución mencionada solamente facultó a las asambleas para elegir Contralor General - artículo 187 numeral 8o.., e igual orientación postula la nueva en su artículo 272. Dicha Constitución no había previsto, como no lo prevé la actual, que la creación del cargo de Contralor Auxiliar, su período, elección y calidades pueda provenir de una ordenanza ni de un Decreto Ordenanzal, pues, según el artículo 62 de aquélla, es del resorte exclusivo de la ley determinar " las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución". DECLARA LA NULIDAD de los artículos 27 y 28 del Decreto 420 de 17 de junio de 1.983 expedido por la gobernación del Departamento del Huila.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente número 1868. Recurso de apelación contra la sentencia de 8 de Agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. Actor : Roberto Luis Acevedo Guarín.

Se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el tercero impugnante contra la sentencia de 8 de Agosto de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró la nulidad de los artículos 27 y 28 del Decreto 420 de 17 de Junio de 1983, expedido por la Gobernación del Departamento del Huila.

I.- ANTECEDENTES

I. 1- El ciudadano y abogado Roberto Luis Acevedo Guarín, en ejercicio de la acción pública de nulidad, acudió ante el Tribunal Administrativo a demandar la nulidad de los artículos 27 y 28 del Decreto 420 de 17 de Junio de 1983, de la Gobernación del Departamento del Huila, que son del siguiente tenor:

> " ... ARTICULO 27. - NOCION, ELECCION, PERIODO. El Contralor Auxiliar es un colaborador inmediato (sic) del Contralor General, nombrado por la Asamblea por un período de dos años, en elección que necesariamente deberá recaer en persona de distinta filiación política a la de éste.
>
> "PARAGRAFO. - El Contralor Auxiliar tendrá una asignación mensual igual a la de Secretario de Despacho del Departamento.
>
> "ARTICULO 28. - CALIDADES. Para ejercer las funciones del Contralor Auxiliar se necesita (sic) las mismas calidades exigidas para desempeñar el cargo del Contralor General..."

En apoyo de su pretensión el demandante adujo la transgresión de los artículos 62 inciso 2o., 194, 187 numeral 8o. de la Constitución de 1886, 251 del Código de Régimen Departamental y 1o. de la Ordenanza 028 de 1982.

I.2 - A la demanda se le imprimió el tramite del procedimiento ordinario, que culminó con la expedición de la sentencia de 8 de Agosto de 1991, que fue oportunamente apelada por el tercero impugnante.

II. - LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las súplicas de la demanda de nulidad el Tribunal a-quo razonó, en esencia, así :

1. - La Asamblea Departamental del Huila por medio de la Ordenanza 028 de 1982 facultó al Gobernador para que en el término de 180 días revisara, actualizara e introdujera modificaciones al Código Fiscal del Huila.

2. - En ejercicio de dicha facultad el Ejecutivo Departamental expidió el Decreto 420 de 17 de junio de 1983, el cual en sus artículos 27 y 28 recoge textualmente los artículos 396 y 397 del anterior Código Fiscal del Huila.

3.- El hecho de que se reproduzcan normas de un Decreto anterior no significa que se herede el principio de la legalidad, ni que nazcan las nuevas normas exentas de vicios.

4.- No puede el Gobernador por delegación de la Asamblea recibir funciones que ésta no tenga, o que la Constitución le haya asignado directamente, como ocurre con el numeral 9o. del artículo 194 de la Constitución de 1886.

5.- No puede la Asamblea arrogarse de manera autónoma la estructura administrativa del departamento en sus diferentes dependencias, ni crear escalas de remuneración o empleos, sin la iniciativa del Gobernador, según el numeral 5o. del artículo 187 de la Constitución de 1886.

6.- Estas limitaciones dentro del organigrama de la Administración departamental constituyen principios que se han violado por los artículos acusados, por las razones siguientes: el cargo de Contralor Auxiliar como sus funciones no son señaladas por la Constitución, como sí lo es, el cargo de Contralor Departamental (artículo 187 numeral 8o.), contraviniéndose así la Carta Magna; siendo el cargo de Contralor Auxiliar del orden departamental su creación tendría que provenir necesariamente de la Asamblea, aún sin la iniciativa del ejecutivo, dada la excepción al numeral 5o. del artículo 60 del Código de Régimen Departamental, que mantiene la independencia y autonomía del órgano fiscalizador, con lo cual se violó igualmente este precepto legal.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El tercer impugnante para expresar su conformidad con el fallo apelado e impetrar su revocatoria aduce principalmente lo siguiente :

1.- El Artículo 187 numeral 8o. de la anterior Carta Política y el artículo 272 de la actual facultan a las Asambleas para organizar las Contralorías Departamentales, potestad ésta que puede ser objeto de delegación, según el numeral 10o. del citado artículo 187 - que corresponde al 300 numeral 9o. de la actual.-

2 .- Si el principio general es que sólo se puede delegar lo que se tiene, es claro que los artículos 27 y 28 del Decreto 420 de 1983 se ajustaron a las normas constitucionales y legales vigentes ya que dicho Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ordenanza 28 de 1982.

3.-El cargo de Contralor Auxiliar hacía parte de la estructura administrativa de la Contraloría Departamental del Huila con anterioridad a la expedición del Decreto 420 de 1983, pues formaban parte no sólo del anterior Código Fiscal (artículos 396 y 397 del Decreto 848 de 1978), sino también del que fue derogado por éste (artículo 400 y 401 del Decreto 000234 de 1982).

IV .- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través del artículo 27 del Decreto Ordenanzal 420 de 17 de Junio de 1983 (Código Fiscal del Huila) se establece el cargo de Contralor Auxiliar, su elección por la Asamblea, se determina su período y su asignación mensual; y por medio del artículo 28 se determinan sus calidades.

Dado el contenido de los artículos acusados la Sala estima que la sentencia apelada, que decretó su nulidad, debe confirmarse por las siguientes razones:

1 .- Si bien es cierto que por mandato del artículo 187 numeral 10o. de la constitución de 1886 - que corresponde al 300 numeral 9o. del actual- las Asambleas pueden conceder facultades extraordinarias a los gobernadores, también lo es que ellas deben ser *pro-témpore* y versar sobre las "precisas funciones" que le hayan sido asignadas o le correspondan según la Carta.

2 .- La Constitución mencionada solamente facultó a las Asambleas para elegir Contralor General - artículo 187 numeral 8o., e igual orientación postula la nueva en su artículo 272.

3 .- Dicha Constitución no había previsto, como no lo prevé la actual, que la creación del cargo de Contralor Auxiliar, su período, elección y calidades pueda provenir de una Ordenanza ni de un Decreto Ordenanzal, pues, según el artículo 62 de aquélla, es del resorte exclusivo de la ley determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución".

En este sentido, dijo esta Sección en sentencia de 30 de Mayo de 1987, en un caso similar, lo siguiente:

> " ... Sea lo primero advertir, que a nivel Constitucional, no existe norma alguna que autorice a las Asambleas para elegir Contralor Auxiliar ni Secretario General de la Contraloría, ni para determinar las calidades necesarias para el desempeño de tales empleos. El único nombramiento que la Carta atribuye expresamente a dichos entes es el de Contralor Departamental al disponer en el numeral 8o. del artículo 187 que corresponde a las Asambleas por medio de Ordenanzas: 'Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años'. Y el artículo 62 *ibídem* preceptúa que es a la ley a la que

corresponde determinar 'las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución.

" Así mismo no sobra anotar que el artículo 241 de la ley 4a. de 1913 permite nombrar para los destinos públicos de mando o jurisdicción. "A todos los ciudadanos en actual ejercicio, menos cuando *la Constitución o la Ley* (se subraya) exijan determinados requisitos y cualidades o establezcan prohibiciones determinadas".

" Todas estas normas tienen un indudable fin moralizador, persiguiendo evitar la ocurrencia de prácticas viciadas en la determinación de la estructura administrativa a nivel departamental o municipal, en cuanto a hace a cargos, funciones etc. Estas actividades a términos del artículo 62 de la Constitución citado no pueden ejercerlas los funcionarios o entidades que tengan facultad para nombrar y remover empleados administrativos, sino 'dentro de las normas que expida el congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido'.".

" En el caso presente la Asamblea Departamental del Chocó se limitó a invocar unas inexistentes facultades constitucionales y legales, para dictar su ordenanza 01 de 1984, pasando por alto que las autoridades, sea cual fuere su rango, sólo pueden hacer aquello que expresamente les esté atribuido por el ordenamiento jurídico vigente en un momento dado y, así, como antes se ha explicado, sólo a la ley en su sentido formal, compete determinar las condiciones de acceso al servicio público. Consecuencialmente, al establecer en la Ordenanza acusada la Asamblea del Chocó calidades y rangos para el ejercicio de los cargos de Contralor Auxiliar y de Secretario de la Contraloría Departamental, obró con violación de la preceptiva legal aquí analizada..." (Expediente S-010- Actor : ALFONSO AREIZA LOZANO - Consejero Ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado).

Las consideraciones precedentes tornan evidente la inconstitucionalidad de los artículos demandados y justifican que se confirme la sentencia que así lo declaró.

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.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veintisiete (27) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Nestor Castillo Varilla;* Conjuez.

RECUSACION-Improcedencia

El hecho de que en épocas pretéritas un ciudadano y abogado haya ejercido las mencionadas acciones públicas no puede ser interpretado, en manera alguna, siquiera como un indicio del cual pueda deducirse que, actuando hoy día como consejero de Estado, le asista un "interés intelectual" en las resultas del proceso. De aceptarse la tesis de la recusante se llegaría a la absurda situación de que todo juez o magistrado podría ser separado del conocimiento de los asuntos sometidos a su consideración por el simple hecho de que en cualquier etapa de su vida como profesional del derecho, e incluso antes de serlo, haya expresado ante los estrados judiciales tesis, en favor o en contra, relacionadas con tales asuntos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Cosejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2005. Actor:Myriam Guerrero de Escobar y otro.

Visto el informe Secretarial que antecede (fl.84 Cdno. No. 1) y teniendo en cuenta que se encuentran practicadas las pruebas decretadas por auto de 3 de julio de 1992 (fls. 30 y 31 ibídem), excepción hecha de la que trata su ordinal 1o., literal b, por las razones que expresa la Secretaría de la Sección Cuarta en el Oficio No. 41, de 15 de julio de 1992 (fl. 34 *ibídem*), de

conformidad con lo dispuesto por los incisos tercero y cuarto del artículo 152 del C de P.C. , procede la Sección Primera, en Sala Unitaria, a resolver lo pertinente sobre la recusación formulada por la parte demandada en contra del señor Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez, sustanciador del proceso de la referencia en el trámite de la segunda instancia.

LA CAUSAL DE RECUSACION Y SU FUNDAMENTO

Mediante escrito que obra a folios 19 a 24 del Cdno. No.1, la apoderada de la parte demandada recusó al mencionado Consejero Sustanciador por considerar que le asiste un "interés intelectual" en las resultas del proceso, invocando para ello lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 150 del C. de P.C., el cual establece como causal de recusación:

> "12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo".

Los fundamentos de la recusación propuesta son, en resumen, los siguientes:

En el año de 1983 el hoy Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez fue la misma persona que, actuando como ciudadano, y en ejercicio de la acción de inexequibilidad, solicitó a la Corte Suprema de justicia declarar la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 63 de la ley 14 de 1983, hoy codificado en el Decreto 1222 de 1986, "... que es una de las normas base y fundamento de la legalidad de la Ordenanza demandada en este proceso...", como se observa en su propio texto. Mediante sentencia de 13 de febrero de 1984, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible la mencionada norma.

> "Pero además el magistrado Miguel H. González Rodríguez actuando como ciudadano en el expediente 6678, proceso que terminó con la sentencia de 31 de enero de 1980 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, expresó también su concepto e interés intelectual en relación con la no simultaneidad en la aplicación del impuesto de consumo y el monopolio de licores. Dos de los tres abogados que se han opuesto a las pretensiones de la demanda entre muchos de los argumentos para defender la legalidad controvierten el concepto expresado por el entonces actor Miguel H. González Rodríguez en el proceso 6678 ".

La recusación propuesta tiene su fuente en lo que el Consejo de Estado ha denominado "interés intelectual " (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de agosto 26 de 1982), como quiera que siendo el Consejero doctor González Rodríguez ponente de este proceso, el eventual fallo en contra de la validez de la Ordenanza acuda coincide con su pretensión

como ciudadano demandante ante la Corte Suprema de Justicia, de lograr el ingreso de licores extranjeros en el departamento del Valle.

LAS RAZONES EXPUESTAS POR EL CONSEJERO RECUSADO

En providencia de 25 de mayo de 1992, mediante la cual se dispuso remitir el expediente al suscrito Consejero de Estado, el doctor Miguel González Rodríguez expresó, en síntesis, lo siguiente (fls. 25 a 27 Cdno. No. 1) :

Que en el año de 1.983, en su condición de ciudadano y de abogado en ejercicio demandó ante la Corte Suprema de Justicia la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2o. del artículo 63 de la Ley 14 de dicho año, acción que fue decidida en el año de 1984, en el sentido de denegar la declaratoria impetrada. Igualmente expresa que no le es posible precisar la fecha de la sentencia, el nombre del Magistrado Ponente, ni los fundamentos constitucionales de su solicitud.

Que hace más de diez años, también en su condición de ciudadano y abogado en ejercicio, demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle la declaratoria de nulidad " ... de alguna Ordenanza expedida por la asamblea del precitado Departamento, relativa, si no estoy mal, al impuesto de consumo a licores, que culminó en sentencia definitiva expedida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado ...", sin que le sea posible recordar los fundamentos de hecho y de derecho en las pretensiones, las normas acusadas en concreto, ni las resultas de la acción.

Que a partir del momento de su posesión como Consejero de Estado, 29 de abril de 1988, " ... no ha dado o expresado concepto FUERA DE ACTUACION JUDICIAL sobre las cuestiones materia del proceso, y en particular sobre la constitucionalidad o legalidad de la Ordenanza demandada, que fue expedida el 23 de febrero de 1988, como aparece en autos". (mayúsculas del texto original).

CONSIDERACIONES :

Previa y atenta lectura y análisis de los fundamentos de la causal de recusación propuesta, de lo expresado por el señor Consejero de Estado Miguel González Rodríguez y de las pruebas allegadas, la Sala Unitaria considera que dicha recusación no ha de ser aceptada, por las siguientes razones :

1o.- Por que el hecho de que en épocas pretéritas el ciudadano y abogado doctor Miguel González Rodríguez haya ejercido las mencionadas acciones públicas no puede ser interpretado, en manera alguna, siquiera como un

indicio del cual pueda deducirse que, actuando hoy día como Consejero de Estado , le asista un "interés intelectual" en las resultas del proceso. Sobre la recusación propuesta en el caso sub judice, el procesalista Hernando Devis Echandía considera en su obra " El proceso Civil-Parte General", lo siguiente:

> "El concepto contemplado en el numeral 12 es el que dio fuera de sus funciones del juzgador y jamás en un auto o una sentencia anterior del mismo proceso o de otro, pues la tesis contraria haría imposible resolver reposiciones o conocer de nuevas apelaciones; tampoco lo es el contenido en libros o estudios publicados, pues debe ser un concepto expreso para el caso en litigio y no de carácter general o para otro litigio y que además se refiera concretamente a cuál de las partes tiene la razón acerca de cómo se debe resolver el litigio; no es cualquier clase de opinión que pueda relacionarse con éste. No es su clase de opinión que pueda relacionarse con éste. No es suficiente alegar un supuesto 'interés intelectual' " (El proceso Civil-Parte General 7a. Edición, Actualizado con las reformas introducidas por el Decreto 2288 de 1989. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Volumen I. Biblioteca Jurídica Diké, Pág. 279).

2o. - Porque de aceptarse la tesis de la recusante se llegaría a la absurda situación de que todo juez o magistrado podría ser separado del conocimiento de los asuntos sometidos a su consideración por el simple hecho de que en cualquier etapa de su vida como profesional del derecho, e incluso antes de serlo, haya expresado ante los estrados judiciales tesis, en favor o en contra, relacionadas con tales asuntos.

3o.- Porque, en fin, si aún en gracia de discusión se aceptase como causal de recusación la existencia de un "interés intelectual", tal y como lo consideró en su oportunidad la Sección Tercera de esta Corporación, respecto de uno de sus integrantes, en la providencia que cita y transcribe parcialmente el recusante, en el presente caso tal causal no tendría operancia, pues las razones que allí se mencionan como fundamento de la decisión adoptada no guardan relación alguna con las que se invocan en el asunto bajo estudio, como quiera que en aquel caso el respectivo Consejero de Estado manifestó su impedimento para conocer del asunto sometido a su consideración, basado en el hecho de que no estaba dispuesto a modificar su posición doctrinaria - jurídica sobre el particular.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

RESUELVE :

1o.- DECLARASE no probada y, en consecuencia, no se acepta la recusación propuesta por la apoderada del Departamento del Valle contra el señor Consejero Sustanciador del presente proceso.

2o.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho del Consejero Sustanciador para que continúe el trámite.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez; Consejero de Estado.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO/PERSONAS DE DERECHO PRIVADO-Representación

El artículo 139 del C.C.A. es inequívoco al establecer que sólo es indispensable acreditar la existencia y representación legal de las personas jurídicas distintas a las de derecho público. A contrario sensu, únicamente se debe acreditar la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho privado. DECLARA LA NULIDAD del artículo 52 del Acuerdo No. 001 de 12 de diciembre de 1988, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Pública Municipal de Montería.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES/ ESTABLE CIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL/ ESTATUTO ORGANICO

El artículo 76 ordinal 10o. de la Constitución Nacional de 1886, se refiere es a la atribución que tiene el Congreso de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y corporaciones autónomas regionales del orden nacional. El acto acusado contiene los estatutos orgánicos de la entidad descentralizada DEL ORDEN MUNICIPAL y, de conformidad con el artículo 156 del Código de Régimen Municipal, las entidades descentralizadas municipales están sometidas a las normas que contengan la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los concejos y demás autoridades locales en lo que tiene que ver con su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos etc., eventos estos en donde obviamente se encuentran los estatutos que fijan las normas generales a las cuales debe supeditarse la respectiva entidad. El artículo 292 del C. de R.M., conserva en esencia el mismo contenido del artículo 5o. del

Decreto 3135 de 1968, en cuanto señala que los servidores municipales son empleados públicos, pero sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, y, en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. La generalización que hace la disposición acusada contraviene las previsiones del artículo 292 del C. de R.M., en cuanto excluye la posibilidad de vínculo con trabajadores oficiales, siendo que el objeto de la entidad presupone que haya actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas que deban ser realizadas por personal vinculado mediante contrato de trabajo. DECLARA LA NULIDAD del artículo 52 del Acuerdo No. 001 de 12 de diciembre de 1988, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Pública Municipal de Montería.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Número 1764. Recurso de apelación contra la sentencia de 2 de Mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba. Actor:Rafael Emilio Ricardo Alarcón.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 2 de Mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual se inhibió para fallar de fondo.

I.- ANTECEDENTES

I.1- RAFAEL EMILIO RICARDO ALARCON, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad ocurrió ante esta Jurisdicción a demandar: la nulidad del Acuerdo No. 001 de 12 de Diciembre de 1988, emanado de la Junta Directiva de la Empresa Pública Municipal de Montería, mediante el cual se aprobaron los estatutos que rigen a la citada entidad descentralizada municipal.

I.2.- Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 76 ordinal 10o. de la Constitución Nacional de 1886; 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968 y Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Para fundamentar los cargos de violación se adujo que es el Congreso de la República quien tiene la facultad de clasificar a los trabajadores de la

entidades públicas, comerciales o de economía mixta del Estado, y darle sus estatutos; que el Decreto-Ley 3135 de 1968 señala que los trabajadores que laboran en obras públicas no son empleados públicos sino trabajadores oficiales; y, en cuanto al Decreto 1848 de 1969, fue violado ya que la mayoría de los trabajadores de las Empresas Públicas Municipales de Montería se hallan vinculados a dicha institución mediante contrato de trabajo y se encargan del sostenimiento de obras públicas estatales como acueducto, alcantarillado, aseo y pavimentación.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones. La demandada propuso la excepción de "Falta de Legitimidad del Poderdante".

I.4.- La primera instancia culminó con la sentencia de 2 de Mayo de 1991, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado del demandante.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El fallador de primer grado dispuso en la sentencia apelada declararse inhibido para fallar de fondo (folios 91 a 99).

Para fundamentar su decisión, el *a quo* razonó, en esencia, así:

La demanda se formuló ante el juez competente, que lo es el Tribunal Administrativo de este Departamento, por tratarse de un acto administrativo de las Empresas Públicas Municipales de Montería, entidad del orden municipal.

Dispone el inciso 5o. del artículo 25 del Decreto-Ley 2304 de 1989, que entre los anexos de la demanda deberá acompañarse la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.

El artículo 139 del C.C.A., con la modificación introducida por el Decreto-Ley 2304 de 1989, no hizo distinción alguna entre las distintas entidades de derecho público para efectos de demostrar la personería, pero la razón indica que sí debe existir tal distinción, y, así se tiene que el artículo 141 del C.C.A. señala que si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticado, o solicitar al ponente la obtención de la copia correspondiente, por lo cual es obvio que la interpretación de esta norma no puede ser que únicamente se prueben cuando se invocan como violadas, sino que ellas deberán probarse en todos los casos en que tengan incidencia en el proceso.

Las entidades de derecho público de creación legal y constitucional no requieren prueba alguna en virtud de la presunción de derecho de que todos los ciudadanos conocen las leyes, pero esta presunción no existe para los actos de carácter local como las Ordenanzas y Acuerdos.

Como en el presente caso con la demanda no se presentó la prueba de la existencia legal de las Empresas Públicas Municipales de Montería, ni se probó en el proceso, esto quiere decir que la demanda carece de uno de los requisitos a que se refiere la ley, conformándose así la falta de presupuesto demanda en forma que impide que haya pronunciamiento de fondo.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte demandante manifiesta su discrepancia con la sentencia apelada, razonando fundamentalmente así:

1.- Las normas violadas por el Acuerdo emanado de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Montería son del orden nacional.

2.- No es menester probar la existencia de la empresa que resulta perjudicada con el fallo, ni demostrar quién es su representante legal, ya que el artículo 139 del C.C.A. nada dice al respecto.

3.- Al proceso se aportaron los estatutos debidamente autenticados que corresponden al Acuerdo demandado en donde se dice que la Empresa Pública Municipal de Montería es un establecimiento público descentralizado del orden municipal.

IV.- CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación considera que es procedente la revocatoria del fallo apelado, ya que el artículo 139 del C.C.A. es una norma que no da lugar a distinción y es de tal claridad que no puede ser desatendida. El acto acusado fue expedido en virtud de facultades precisas otorgadas por el Concejo Municipal de Montería y no se advierte de qué manera se quebranten las normas invocadas en la demanda, lo que hace que proceda la revocatoria del fallo apelado y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 139 del C.C.A. al indicar los anexos que se deben acompañar a la demanda exige en la parte pertinente que interesa a este proceso:

> "La prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso."

La interpretación que ha pretendido dar el juzgador de primer grado a la norma transcrita, no tiene razón de ser, toda vez que de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", y, en el presente caso, el artículo 139 citado es inequívoco al establecer que sólo es indispensable acreditar la existencia y representación legal de las personas jurídicas distintas a las de derecho público. A contrario sensu, únicamente se debe acreditar la existencia y representación legal de las personas jurídicas de derecho privado.

De otra parte, conforme al Acuerdo número 001 de 12 de Diciembre de 1988, que constituye el acto acusado (folio 57 a 67), la Empresa Pública Municipal de Montería, creada por Acuerdo número 005 de 1955, modificado por Acuerdo 009 de 1964 del Concejo Municipal de Montería, es un establecimiento público descentralizado del orden municipal, lo que quiere decir que frente al contenido del artículo 139 del C.C.A., no sólo está relevado el actor de la obligación de acreditar su existencia y representación legal, sino que ésta se halla probada, si se tiene en cuenta que el Gerente General de dicha entidad demostró su calidad de tal mediante certificación que obra a folio 68 y que no fue redarguida de falsa.

Por los anteriores razonamientos se impone la revocatoria del fallo inhibitorio y, en su lugar, procede un pronunciamiento de fondo en relación con los cargos endilgados en el libelo demandatorio.

En cuanto hace referencia a que el acto acusado viola el artículo 76 ordinal 10o. de la Constitución Nacional de 1886, no asiste razón al actor. En efecto, el citado precepto constitucional se refiere es a la atribución que tiene el Congreso de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y corporaciones autónomas regionales del orden nacional.

En el caso sub examine, el acto acusado contiene los estatutos orgánicos de la entidad descentralizada DEL ORDEN MUNICIPAL -establecimiento público- denominada "EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL DE MONTERIA", y, de conformidad con el artículo 156 del Código de Régimen Municipal, las entidades descentralizadas municipales están sometidas a las normas que contengan la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo que tiene que ver con su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos etc., eventos estos en donde obviamente se encuentran los estatutos que fijan las normas generales a las cuales debe supeditarse la respectiva entidad.

Es así como el Concejo Municipal de Montería por Acuerdo 015 de 1988 (folios 36 a 37), en su artículo 2o., concedió facultades extraordinarias,

por el término de 90 días, contados a partir de la sanción, a las Juntas Directivas de las Entidades Descentralizadas, para reformar sus estatutos.

Esto significa, que la Junta Directiva de la Empresa Pública Municipal de Montería, al reformar los estatutos mediante el Acuerdo No. 001 de 12 de Diciembre de 1988, no quebrantó la norma constitucional invocada que, como ya se dijo, tiene aplicación únicamente en el orden nacional, y, por el contrario, dio cabal cumplimiento al expreso mandato legal contenido en el artículo 156 del Código de Régimen Municipal, sometiéndose así a las facultades otorgadas en el Acuerdo citado.

En relación con el cargo de violación del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1.968, la Sala hace la siguiente precisión:

El artículo 292 del C. de R.M., conserva en esencia el mismo contenido del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, en cuanto señala que los servidores municipales son empleados públicos, pero sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales, y, en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

No obstante no haber citado el actor como quebrantada la disposición del artículo 292 ibídem, interpretando la demanda y para garantizar la prevalencia del derecho sustancial, se estudiará el cargo a la luz del citado artículo 292

El artículo 52 de los estatutos a que se contrae el Acuerdo No.001 de 12 de Diciembre de 1.988 señala:

> "Los empleados de la Empresa Pública Municipal de Montería, tienen carácter de empleados públicos".

Estima la Sala que la generalización que hace la disposición transcrita contraviene las previsiones del artículo 292 del Código de Régimen Municipal, en cuanto excluye la posibilidad de vínculo con trabajadores oficiales, siendo que el objeto de la entidad -la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo y recolección de basuras- presupone que haya actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas que deban ser realizadas por personal vinculado mediante contrato de trabajo. Por esta razón procede el decreto de nulidad del artículo 52 del Acuerdo No. 001 de 12 de Diciembre de 1988.

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 revoca la sentencia de 2 de Mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y, en su lugar, se dispone:

1o): Se declara la nulidad del artículo 52 del Acuerdo No. 001 de 12 de Diciembre de 1988, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Pública Municipal de Montería.

2o): Se deniegan las súplicas de la demanda en relación con el resto del articulado del citado Acuerdo.

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 tres (3) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSITO/IMPUESTO DE CIRCULACION Y TRANSITO/ DOBLE TRIBUTACION-Improcedencia/ **FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL**

Corresponde a los municipios el recaudo por concepto del impuesto de circulación y tránsito. De aceptarse la coexistencia de una tributación liquidada y recaudada a través de las oficinas de Rentas de la Secretaria de Hacienda Departamental, y, otra que corresponde a los municipios por un mismo concepto -circulación y tránsito-, equivaldría a contradecir el principio que ha inspirado siempre en materia tributaria al Derecho Colombiano, que es el de la prohibición de la doble tributación. Mal puede el artículo acusado, imponer obligación a los Alcaldes en cuanto al valor de las tarifas, para efectos de la elaboración del proyecto de presupuestos de rentas y gastos, cuando ello es desarrollo de su autonomía administrativa. DECLARASE LA NULIDAD de los artículos 1o., 2o. y 7o., del Decreto 1397 de 1989, emanado del Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 1769. Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de Abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca. Actor: Edgar Rojas Moreno

Se decide el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el demandante contra la sentencia de 22 de Abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

I. 1- El ciudadano EDGAR ROJAS MORENO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A. presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (folios 24 a 28 cuaderno No. 2), tendiente a que se declarará la nulidad de los Decretos Nos. 1248 de 2 de Septiembre de 1987 y 1308 de 11 de Septiembre del mismo año, expedidos por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte -DATT-, por medio de los cuales se reajustan los valores de las tarifas, por servicios de tránsito y se fijan las mismas para que sean cobradas por la Oficinas Municipales de Tránsito.

En escrito visible a folios 65 y 67 del cuaderno No. 2, se adicionó la demanda por el actor para solicitar la nulidad del Decreto 1397 de 20 de Octubre de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y el Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte -DATT-, en cuanto a sus artículos 1o., 2o. y 7o.

I.2.- Como normas violadas se señalaron en la demanda y en escrito contentivo de su corrección, los artículos 2o., 92 numeral 2o, 171 y 214 del Decreto-Ley 1333 de 1986 y 158 del C.C.A.

Para fundamentar los cargos de violación. aduce el demandante, en síntesis, los siguiente:

a): Se violó el artículo 2o. del Decreto-Ley 1333 de 1986, por cuanto los actos acusados vulneran la autonomía de los municipios para cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, ya que con el nuevo régimen municipal se dotó a los municipios de las normas que les permiten cumplir su cometido sin la intervención directa de los Gobernadores, y por ello no pueden estos fijar a las Oficinas Municipales de Tránsito, derechos por matrículas, traspasos, licencias de conducción etc., pues esta tarea corresponde a los Concejos.

b): Se violó el artículo 92 *ibídem*, porque es competencia del Concejo "votar, de conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las contribuciones y gastos locales", y, no puede el Gobernador inmiscuirse en asuntos que no son de su competencia.

c): Se vulneró el artículo 171 *ibídem*, ya que el Gobernador, al determinar las tasas que por servicios de tránsito deben cobrar las oficinas municipales, está usurpando una función privativa del Concejo.

d): En cuanto al artículo 1o. del decreto 1397 de 20 de Octubre de 1.989, es a todas luces ilegal ya que impone a los Municipios por intermedio de las Inspecciones de Tránsito, un doble recaudo por la misma actuación administrativa, cuando el artículo 214 del C. de R. M., que dejó vigente el impuesto de circulación y tránsito de que trata la Ley 48 de 1968, y que comprende la fijación de tarifas por parte de los Concejos para los diferentes trámites que cumplen los usuarios en las Oficinas Municipales de Tránsito, establece que ese impuesto solamente pueden establecerlo los municipios.

e): El artículo 7o. del Decreto 1397 de 1989 no puede imponer obligación a los Alcaldes, en materia de tránsito, cuya autonomía administrativa y presupuestal es mandato establecido por el Acto Legislativo No. 1 de 1986 y por artículo 1o. del Decreto-Ley 1333 de 1986, lo que hace que se evidencie la violación del artículo 214 del mismo Código, por cuanto el Departamento no puede establecer pagos adicionales, sin autorización legal, bien se haga por las Tesorerías Municipales, por los Fondos de Tránsito o por las de rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental.

f): Se violó el artículo 158 del C.C.A., ya que el Decreto 1397 de 1989 contiene en esencia las mismas disposiciones suspendidas, sin que hayan desaparecido los fundamentos legales de la suspensión.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La primera instancia culminó con la sentencia de 22 de Abril de 1991, la cual fue oportunamente apelada por el demandante.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal dispuso, en la sentencia de 22 de Abril de 1991, lo siguiente: 1o): Declárase la nulidad de los Decretos 1248 de 2 de Septiembre de 1987 y 1308 de 11 de Septiembre del mismo año, que aclaró el anterior, expedidos por los señores Gobernador del Valle y Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte -DATT-, por medio de los cuales se reajustaron los valores de las tarifas por servicios de tránsito que debían cobrar las Oficinas Municipales de Tránsito. 2o): Deniéganse las peticiones respecto del Decreto 1397 de 20 de Octubre de 1989, por lo expresado anteriormente.

Para fundamentar su decisión, el *a quo* consideró que respecto del Decreto 1397 de 1.989, que fue objeto de la adición de la demanda y al que se

circunscribe el estudio de este recurso, no se configura ilegalidad alguna en su expedición pues no comporta una doble tributación, como lo plantean el demandante y el Ministerio Público, ya que se limita a señalar el valor de los servicios que paralelamente a los del Municipio, puede cobrar el DATT, como por ejemplo: licencias, chequeo de automotores, permisos, parqueadero, grúa, etc., y además, no se invade la competencia municipal pues no se legisla acerca del impuesto de circulación y tránsito, que sí es materia reservada a los Concejos, según el artículo 214 del C. de R.M., ni se inmiscuye en los asuntos municipales.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor manifiesta su inconformidad con la sentencia apelada, así :

1.- La sentencia proferida por el Consejo de Estado, explica el alcance y contenido de la Ley 48 de 1968, que permite a los municipios gravar con el impuesto de circulación y tránsito los vehículos de tracción mecánica, lo que quiere decir que dentro del concepto de impuesto de circulación y tránsito se involucran los trámites relacionados con automotores, y el alcance del artículo 214 del Decreto-Ley 133 de 1986, que repitió dicha norma al codificarla, no ha variado.

2.- No se concibe que se declare la nulidad de los primeros Decretos, cuando lo que hizo el Gobernador fue redactar en forma diferente el Decreto 1397 de 1989 para que produjera los mismos efectos.

3.- En materia de automotores, los artículos 111 y siguientes del Decreto Ley 1222 de 1986 regulan lo relacionado con el impuesto de timbre que fue cedido a los Departamentos y es su renta, por lo cual la Asamblea o el Gobernador, con facultades, pueden reglamentarlo, no así el impuesto de circulación y tránsito, que es de carácter municipal.

IV.- CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación estima que debe accederse a la anulación del Decreto 1397 de 20 de Octubre de 1989, ya que la administración municipal se rige por los artículos 197 de la Constitución Nacional, las normas de la Ley 11 de 1986 y las disposiciones del C. de R.M., y, consultados dichos estatutos no se advierte de cuál de sus normas se derive competencia del Gobernador para reajustar los valores de las tarifas a cobrar por los municipios por servicios de tránsito y circulación a vehículos automotores.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.I.- Señala el artículo 1o. del Decreto 1393 de 1989 (folios 51 y 52 del cuaderno No. 2):

"El Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes del Valle, liquidará y recaudará a través de las oficinas de rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental en los municipios que tengan Inspecciones de Tránsito clase A, sin perjuicio de los derechos municipales establecidos por los respectivos Concejos, los siguientes derechos por servicios de tránsito:

CLASE DE SERVICIO	VEHICULO	TARIFAS DPTO.
Matrícula inicial o provisional, traspaso, cambio de color, cambio de empresa, tipo, servicio, placas, regrabación de motor o chasis, reconstrucción , registro de cuenta, aumento de tonelaje, registro o cancelación de prenda.	Automotores	$2,200
	Motos, símil.	$1,700
Duplicado de placa, tarjetas de propiedad, pignoración o despignoración.	Automotores	$2,200
	Motos, símil.	$1,700
Revisado Calcamanía (sic) Certificado de Movilización).	Automotores	$1,900
	Motos, símil.	$1,000
Traslado de cuenta dentro del Departamento.	Automotores	$7,500
	Motos, símil.	$5,000
Traslado de cuenta fuera del Departamento.	Automotores	$25,000
	Motos, símil.	$10,000
Licencias de conducción Cali	Automotores	$1,200
Chequeo técnico certificado	Automotores	$1,200
	Motos, símil.	$1,000
Permisos especiales	Automotores	$2,200
	Motos, símil.	$1,200
Expedición fotocopias documentos	Automotores	$200
	Motos, símil.	$200
Tarjetas de operación	Automotores	$400
Certificados de tradición y/o propiedad	Motos, símil.	$400
Revisado calcomanías en Cali (Certificado Movilización)	Automotores	$1,200
	Motos, símil.	$600

En el análisis del citado artículo cabe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 214 del C. de R. M., los municipios cobran el impuesto de circulación y tránsito de que trata la Ley 48 de 1968.

El artículo 218 *ibídem* se refiere al revisado que debe realizarse anualmente, previa la cancelación del impuesto a que se refiere el artículo 214.

El artículo 219 del mismo estatuto preceptúa que en los municipios donde no existan Secretarías de Tránsito Clase "A", el recaudo del impuesto municipal de circulación y tránsito, de que habla el artículo 214, se hace a través de la respectiva Tesorería Municipal.

En el parágrafo segundo del artículo 219 se prevé que para traspasar la propiedad, como para su revisado, se debe acompañar el paz y salvo por concepto del impuesto municipal de circulación y tránsito.

Es incontrovertible pues el hecho de que corresponde a los municipios el recaudo por concepto del impuesto de circulación y tránsito.

La circunstancia de que el acto acusado en su artículo primero se exprese que "sin perjuicio de los derechos municipales establecidos por los respectivos Concejos" no exonera al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle del Cauca de usurpar el manejo autónomo que tienen los municipios de percibir, por concepto del impuesto de circulación y tránsito, el valor de las tarifas que previamente y de conformidad con el artículo 92 numeral 2o. del C. de R. M., se hayan autorizado, dado que los conceptos de matrícula, traspaso, revisado, licencias de conducción y en general todos los contemplados en el artículo 1o. *subjudice*, son inherentes a la materia que regula el tránsito, como quiera que sin ellos se impide la movilización de los vehículos por las vías públicas del territorio nacional.

Además, la violación se torna más evidente si se tiene en cuenta que en lo tocante a vehículos automotores, el único impuesto que está establecido a favor de los Departamentos es el de timbre, regulado en los artículos 111 a 120 del C. de R. D.

De otra parte, de aceptarse la coexistencia de una tributación liquidada y recaudada a través de las Oficinas de Rentas de la Secretaría de Hacienda Departamental, y, otra que corresponda a los municipios por un mismo concepto -circulación y tránsito-, equivaldría a contradecir el principio que ha inspirado siempre en materia tributaria el Derecho Colombiano, que es el de la prohibición de la doble tributación, y , también por este aspecto, adolece de ilegalidad el artículo primero del acto acusado.

V.II.- Preceptúa el artículo segundo del Decreto 1397 de 1.989:

"El Datt -Valle invertirá el 40% del total de los ingresos recaudados en las cabeceras de los *Distritos de Tránsito* del Departamento que tengan legalmente constituidos los Fondos Rotatorios de Tránsito para obras de inversión en planes de tránsito, educación y seguridad vial."(Folios 52 cuaderno número 2).

El artículo transcrito encuentra su razón de ser en la disposición contenida en el artículo 1o. del Decreto 1393 de 1989, como quiera que señala el destino del porcentaje recaudado por los ingresos a que se refiere el citado artículo 1o. Por ello, sirven de fundamento las consideraciones expuestas en relación con el artículo 1o. y se impone declarar su nulidad. Estatuye el artículo 7o. del Decreto 1397 de 1989 (folio 55 cuaderno número 2):

"Los Alcaldes de las ciudades sedes de Distrito de Tránsito, al elaborar los proyectos de Acuerdo sobre el presupuesto de rentas y gastos para el respectivo período fiscal, tendrán en cuenta lo señalado por el comité de Jefes de Distrito según acta No. 001 de Septiembre 21 de 1989".

V.III.- Este artículo guarda conformidad con el considerando 5o. del citado Decreto que reza:

"5.- Que el Departamento a través del Datt-Valle, se acoge a lo acordado por el Comité de Jefes de Distrito en su acta No.001 del 21 de Septiembre de 1989, en la cual se decidió por unanimidad el establecimiento de tarifas unificadas por servicios de tránsito, para los Municipios del Departamento previa aprobación de ellas por los Concejos Municipales."

Estima la Sala que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 214 del C. de R. M., y, lo expresado por esta Corporación en sentencia de 21 de Noviembre de 1991, expediente 1648, Consejero ponente: doctor Miguel González Rodríguez, a partir de la reforma constitucional de 1988 hasta culminar con la Carta Política de 1991, todo cuanto se ha realizado en el campo del régimen municipal, ha buscado revitalizar o robustecer la existencia de las comunidades locales con el propósito de que adquieran la posibilidad de gobernarse de acuerdo con sus intereses, lo que hace que haya operado un cambio fundamental en la estructura y administración de los entes locales que ha tocado todos lo aspectos de su organización y funcionamiento, del cual no puede sustraerse el manejo del tránsito y transporte.

De tal suerte que mal puede el artículo acusado, imponer obligación a los Alcaldes en cuanto al valor de las tarifas, para efectos de la elaboración del proyecto de presupuesto de rentas y gastos, cuando ello es desarrollo de su autonomía administrativa. Por esta razón habrá de declararse la nulidad del citado artículo 7o.

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

FALLA:

Revócase el punto 2o. de la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: Declárase la nulidad de los artículos 1o., 2o., y 7o., del Decreto 1397 de 1989, emanado del Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Valle.

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 tres (3) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO - Improcedencia/ **EXPORTACION/ REGISTRO DE EXPORTACION**

Las exportaciones de azúcar sólo serán realizadas a través de los Ingenios y de las Empresas Comercializadoras integradas por éstos. ASOCAÑA enviará periódicamente al Ministerio de Agricultura la lista actualizada de las empresas exportadoras. Cuando el acto demandando establece que LAS EXPORTACIONES DE AZUCAR SOLO SERAN REALIZADAS A TRAVES DE LOS INGENIOS Y DE LAS EMPRESAS COMERCIALIZADORAS INTEGRADAS POR ESTOS, y agrega que ASOCAÑA ENVIARA PERIODICAMENTE AL MINISTERIO DE AGRICULTURA LA LISTA ACTUALIZADA DE LAS EMPRESAS EXPORTADAS, con ello se está estableciendo un monopolio, pues se entrega por un acto administrativo el aprovechamiento exclusivo de la actividad económica de la exportación de azúcar a entidades particulares como son los ingenios y las empresas comercializadoras integradas por éstos. DECRETASE LA NULIDAD del artículo 3o. y del literal b) del artículo 4o. de la Resolución No. 543 de 12 de diciembre de 1985 "Por la cual se reglamenta un Visto Bueno para registros de exportación de azúcar", expedida por el Ministerio de Agricultura.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 1891. Acción de nulidad contra el artículo 3º y el literal b) del artículo 4º de la Resolución número 543 de 12 de Diciembre de 1985, del Gobierno Nacional. Actor: Fernando Lozano Angel.

El ciudadano y abogado Fernando Lozano Angel, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A. ha ocurrido ante esta Jurisdicción, para que mediante sentencia se declare la nulidad del artículo 3o y del literal b) del artículo 4º de la Resolución número 543 de 12 de Diciembre de 1985, expedida por el Gobierno Nacional.

I.- NORMAS ACUSADAS.

" ARTICULO TERCERO.- *Exportadores*. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de los programas de abastecimiento interno y de los demás compromisos de la política concertada para el sector azucarero, las exportaciones de azúcar sólo serán realizadas a través de los Ingenios y de las Empresas Comercializadoras integradas por éstos. ASOCAÑA enviará periódicamente al Ministerio de Agricultura la lista actualizada de las empresas exportadoras".

"ARTICULO CUARTO.- *Expedición del Visto Bueno*. Con el fin de agilizar al máximo la expedición, por parte del Ministerio de Agricultura, del visto bueno previo al que se refiere la Resolución número 037/85 del CDCE, este requisito se cumplirá mediante el envío de una comunicación del Ministro o Viceministro de Agricultura al Subdirector de Operaciones del INCOMEX, en la cual se señalará:

a)...

b) La lista de empresas a las cuales el INCOMEX podrá autorizar registros de exportación. Queda así entendido que el Ministerio de Agricultura otorga su visto bueno a todas las solicitudes de registro que presenten al INCOMEX dichas empresas, dentro del límite del cupo global":

II.- CAUSA PETENDI.

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 333, 334 y 336 de la Constitución Nacional y el Decreto 133 de 1976.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

La Resolución acusada viola el Decreto 133 de 1976, por cuanto éste no concedió, como erradamente se afirma en la introducción de la misma, al Ministerio de Agricultura la facultad de crear monopolios estatales o privados.

Su facultad en este tipo de negocios de importación y exportación es meramente reglamentaria y de vigilancia. Así, el artículo 3º de dicho Decreto al enumerar las funciones del Ministerio de Agricultura, en su numeral 9º expresa que éste cumplirá las siguientes funciones:

> "...Señalar cupos globales de importación y exportación de productos o insumos agropecuarios. El Instituto Colombiano de Comercio Exterior -INCOMEX-, *condicionará la aprobación de licencias de importación y exportación* de productos o insumos agropecuarios, así como sus prórrogas, a los cupos que periódicamente fije el Ministerio" (resaltas del actor).

Se observa que en materia de exportación de azúcar queda limitada la función a los cupos que periódicamente señale el Ministerio, y cualquier ciudadano tiene el derecho, de acuerdo con la libertad económica y la iniciativa privada, consagrados en la Constitución Política, de participar en la adjudicación de dichos cupos, pero en ningún momento esa facultad se refiere a que puedan concederse dichos cupos a una sola entidad, o grupo cerrado de empresas, es decir, aquellas integradas por los ingenios y autorizadas por ASOCAÑA, creando en consecuencia, un monopolio privado, negando esta posibilidad a aquellos ciudadanos colombianos que deseen realizar dicha actividad comercial.

Se atenta igualmente contra el artículo 333 de la Constitución Nacional, el cual se haya flagrantemente violado toda vez que consagra la libertad económica y la iniciativa privada, que son los derechos atropellados por la Resolución acusada.

El literal b) del artículo 4º de la Resolución enjuiciada expresa que el Ministerio de Agricultura autoriza a un exclusivo número de empresas para exportar azúcar al disponer que el Ministro de Agricultura otorgará su visto bueno a aquellas empresas que figuren en lista, elaborada por él, la cual enviará al Subdirector de Operaciones del INCOMEX para que esta entidad les determine sus respectivos cupos de exportación.

Estas empresas reciben tal ventaja casi que en forma automática, pues su único requisito es, aparecer en la lista del Ministro de Agricultura, quien a su vez las ha incluido en ella porque estas empresas figuran en otra lista que ASOCAÑA ha elaborado, toda vez que son los ingenios y las empresas vinculadas que pertenecen a los ingenios y que previamente la han enviado al Ministerio de Agricultura, creando así un círculo estrecho de favoritismo, por demás ilegal y obviamente inconstitucional.

Se adjudican, por consiguiente, todos los cupos periódicos que fija el Ministerio, solamente a los ingenios azucareros y a las empresas exportadoras con origen en ellos, lo que constituye clara muestra del monopolio de que

gozan tales empresas, de la ilegalidad de esta práctica al impedírsele al resto de ciudadanos esta posibilidad; y de la violación del artículo 333 de la Constitución Nacional.

Se continúa infringiendo tal precepto constitucional al limitar la libertad de empresa y establecer como requisito el hecho de ser un ingenio o una empresa comercializadora integrada por éstos, la que pueda realizar una actividad económica como la exportación de azúcar.

Se violó, igualmente, el artículo 336 de la nueva Constitución Nacional, que dice que "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.".

III.- TRAMITE DE LA ACCION.

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

Como el demandante solicitó dentro del texto de la demanda la suspensión provisional de las normas acusadas, la Sala accedió a tal medida, mediante auto de 20 de Marzo del presente año, arguyendo que las mismas quebrantan ostensiblemente el precepto constitucional prohibitivo de los monopolios.

La parte demandada; la Nación -Ministerio de Agricultura- se hizo parte en el proceso y, a través de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo siguiente:

Si bien es cierto que el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, también lo es, que en el último párrafo del mencionado artículo se prevé que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social. No obstante, no se ha limitado el alcance de la libertad económica, y muy por el contrario, el Ministerio de Agricultura ha diseñado y adoptado distintos instrumentos que facilitan la actividad de productores, comercializadores y exportadores del sector agropecuario.

De la misma forma, el artículo 336 de la Constitución Política define claramente que ningún monopolio podrá establecerse sino en virtud de ley, como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social.

Consciente de este precepto constitucional, el Ministerio de Agricultura como gestor, orientador y ejecutor de la política agraria del país ha promulgado diferentes disposiciones legales tendientes a buscar el equilibrio social entre los distintos sectores, tales como: el Decreto 054 de 1981: el Decreto 060 de 18 de Enero 1985; la Resolución 037 de 22 de Octubre de 1985, del Consejo

Directivo de Comercio Exterior, que fue derogada por la número 014 de Octubre de 1991, a su vez, también derogada por la Resolución 003 de 28 de Abril de 1992 del mismo Consejo la cual elimina el requisito del visto bueno previo del Ministerio de Agricultura, en las exportaciones de azúcar.

En la etapa procesal de los alegatos de conclusión sólo ejercitó su derecho la apoderada del Ministerio de Agricultura reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda. Expresó además que en virtud de la expedición de la Resolución 003 de 1992 se produjo el fenómeno del decaimiento de la Resolución acusada, pues al derogar aquella la Resolución 037 de 1985, que le sirvió de fundamento a la demandada, perdió vigencia ésta conforme al numeral 3º del artículo 66 del C.C.A.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Las razones aducidas por la Sala en el auto de 20 de Marzo de 1992, para decretar la medida precautoria del acto acusado, conservan plena virtualidad y sirven también de sustento para decretar la nulidad deprecada. Dijo la Sala en esa oportunidad:

"...A.- El artículo 3o. acusado es del siguiente tenor:

""...ARTICULO TERCERO.- *Exportadores*. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de los programas de abastecimiento interno y de los demás compromisos de la política concertada para el sector azucarero, *las exportaciones de azúcar sólo serán realizadas a través de los Ingenios y de las Empresas Comercializadoras integradas por éstos. ASOCAÑA enviará periódicamente al Ministerio de Agricultura la lista actualizada de las empresas exportadoras.*"" (subrayas fuera de texto)."

Cuando el artículo transcrito establece que LAS EXPORTACIONES DE AZUCAR SOLO SERÁN REALIZADAS A TRAVES DE LOS INGENIOS Y DE LAS EMPRESAS COMERCIALIZADORAS INTEGRADAS POR ESTOS, y agrega que ASOCAÑA ENVIARA PERIODICAMENTE AL MINISTERIO DE AGRICULTURA LA LISTA ACTUALIZADA DE LAS EMPRESAS EXPORTADORAS, con ello se está estableciendo un monopolio, pues se entrega por un acto administrativo el aprovechamiento exclusivo de la actividad económica de la exportación de azúcar a entidades particulares como son los ingenios y las empresas comercializadoras integradas por éstos. Tal monopolio, pugna abiertamente y en forma grosera con el artículo 31 de la Constitución de 1886, vigente para la fecha de la expedición de la Resolución, y que fue reproducido, con algunas adiciones, en el artículo 336 de la nueva Constitución.

Tal violación resulta clara dado que los monopolios sólo se pueden establecer en virtud de ley y como arbitrio rentístico -con una finalidad de interés público o social, agrega el 336 de la nueva Carta-.

B.- El literal b) del artículo 4º acusado establece que el requisito del visto bueno previo al que se refiere la Resolución número 037 de 1985 del Consejo Directivo de Comercio Exterior, para la aprobación de los registros de exportación de azúcar, se cumplirá mediante el envío de una comunicación del Ministro o Viceministro de Agricultura en la cual se señalará LA LISTA DE EMPRESAS A LAS CUALES EL INCOMEX PODRÁ AUTORIZAR REGISTROS DE EXPORTACION. QUEDA ASI ENTENDIDO QUE EL MINISTERIO DE AGRICULTURA OTORGA SU VISTO BUENO A TODAS LAS SOLICITUDES DE REGISTRO QUE PRESENTEN AL INCOMEX DICHAS EMPRESAS, DENTRO DEL LIMITE DEL CUPO GLOBAL. Tal literal no es sino desarrollo de los dispuesto en el artículo 3º antes analizado, y, por consiguiente, también quebranta ostensiblemente el precepto constitucional prohibitivo de los monopolios..."

En relación con el supuesto decaimiento de la Resolución acusada, alegada por la parte demandada, por haber sido derogado el acto que le sirvió de fundamento -la Resolución 037 de 1985, del Consejo Directivo de Comercio Exterior- por la Resolución 003 de 9 de Abril de 1992, del Consejo Superior de Comercio Exterior, la Sala estima que tal fenómeno, que equivale a la extinción del acto (artículo 66 numeral 2º del C.C.A.), sólo cobijaría al artículo 4º literal b) acusado, que es el que se refiere al visto bueno previo del Ministerio de Agricultura eliminado por la referida Resolución 003, pero a partir de la vigencia de esta última, lo cual se desconoce en autos.

Debe, pues, accederse a la nulidad solicitada.

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

FALLA:

1º): Decrétase la nulidad del artículo 3º y del literal b) del artículo 4º de la Resolución número 543 de 12 Diciembre de 1985 "Por la cual se reglamenta un Visto Bueno para registros de exportación de azúcar", expedida por el Ministerio de Agricultura.

2º): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día tres (3) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE.TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL. PARQUE AUTOMOTOR. DELEGACION DE FUNCIONES

Cuando el acto acusado establece que los Alcaldes Distritales, Municipales o Metropolitanos podrán suspender, por el tiempo que se requiera, el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción no contraviene a primera vista el artículo 1o. literal g) del Decreto Ley 80 de 1987, mediante el cual se atribuyó como función a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, para ejercer un año después de la vigencia de dicho Decreto, la de "Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del transporte en el territorio de su jurisdicción..."Esta función, a juicio de la Sala, lleva implícita la de poder suspender el ingreso de dicha clase de vehículos contemplada en la norma acusada, y no es sino fruto del ejercicio de las facultades extraordinarias, que le confirió el Gobierno al artículo 13 de la Ley 12 de 1986, para asignar funciones a los municipios, de las que correspondían a las entidades descentralizadas del orden nacional; en el presente caso, del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA.

REVOCA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 0209 de 3 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº. 2050. Recurso de reposición contra el auto de 10 de Julio de 1992. Actor: Jesús Vallejo Mejía.

Decide la Sala el recurso de reposición oportunamente interpuesto por la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, a través de apoderado, contra el proveído de 10 de Julio del corriente año, en cuanto en su numeral III decretó la suspensión provisional del parágrafo 1º del artículo 1o del Decreto número 0209 de 3 de Febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

Para despachar favorablemente la suspensión provisional deprecada, la Sala razonó así:

El parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 0209 de 3 de Febrero de 1992, es del siguiente tenor:

> "Parágrafo 1o. Los Alcaldes Distritales, Municipales o Metropolitanos, podrán suspender por el tiempo que se requiera el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción, cuando consideren que en (sic) la ciudad respectiva se encuentra saturada de esta clase de vehículos".

Al examinar el texto del artículo 1º de la Ley 15 de 1959 y su parágrafo, fácilmente se advierte que el único mandato de intervención que se confirió al Gobierno para delegar en los Alcaldes fue el consagrado en el literal de dicho artículo para "Fijar para todas las ciudades del país las tarifas de transporte urbano, intermunicipal e interdepartamental, y establecer la forma de pago o prestación del servicio de transporte que por esta Ley le corresponde al empleador en beneficio del empleado".

Al confrontar este precepto con la norma reglamentaria acusada fluye claramente que la delegación hecha en ésta a los Alcaldes para "suspender por el tiempo que se requiera el ingreso por incremento, de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción cuando consideren que en la ciudad respectiva se encuentra saturada de esta clase de vehículos" no se ciñe con fidelidad al mandato legal de intervención, pues éste no se refiere a esta materia, razón suficiente para predicar su transgresión manifiesta y que justifica que se decrete la suspensión provisional del referido parágrafo.

Igual notoriedad cabe predicar respecto del quebrantamiento del artículo 211 de la Constitución Nacional dado que la Ley 15 de 1959 no autorizó al Gobierno para delegar en los Alcaldes, la función de suspender el ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La parte demandada: la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, una vez admitida la demanda y notificada su admisión, constituyó apoderado: el doctor *RICARDO ROJAS SANABRIA* a quien se le reconocerá personería este proveído.

Para solicitar la revocatoria del decreto de suspensión, arguyó lo siguiente:

El Decreto-Ley número 80 de 15 de Enero de 1987 en su artículo 1º literal g indica, entre las funciones asignadas a los municipios en relación con el transporte urbano, la de "Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio de transporte en el territorio de su jurisdicción y expedir las autorizaciones de que tratan las distintas normas fijadas al respecto por la Junta Directiva del INTRA y el Gobierno Nacional".

De la norma transcrita se desprende claramente que si se faculta a los Alcaldes para señalar la cantidad o el número de la clase de vehículos taxis que pueden ingresar anualmente en el territorio de su jurisdicción, esa atribución conlleva también la autorización para suspender temporalmente el ingreso de éstos cuando considere, previo análisis técnico y económico, que la demanda se encuentra satisfecha con el número de automotores existentes.

Es preciso advertir que el parágrafo del Decreto 209 de 1992 es un complemento de la norma anteriormente citada.

III. LA OPOSICION DEL DEMANDANTE

El demandante considera que las razones esgrimidas por el recurrente no son suficientes para enervar el auto impugnado, por cuanto:

1.- La Ley 15 de 1959 no habilitó al Gobierno Nacional para delegar en los Alcaldes facultades de la índole de la contemplada en el Decreto acusado.

2.- El Decreto Ley 80 de 1987 no avala el acto acusado, porque de su texto no se desprende que el Gobierno pueda conferir a los Alcaldes facultad alguna. Las que tienen deben ceñirse a la ley y el reglamento no puede añadir un ápice a lo que ella contempla. Ampliar, reducir o interpretar las atribuciones de los Alcaldes no es del resorte reglamentario del Gobierno. La autonomía

administrativa que le reconoce a las autoridades territoriales el artículo 287 de la Constitución Nacional sólo tiene límites en la Constitución y en la Ley, no en los reglamentos.

3— Los únicos actos y órdenes del Presidente que son vinculantes para los Alcaldes, en lo que atañe a la administración local, son los relacionados con la conservación y restablecimiento del orden público (artículo 296 de la Constitución Nacional).

4.- El Decreto acusado configura una indebida intromisión en la autonomía de los Distritos y Municipios.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Antes de pronunciarse sobre el recurso, la Sala considera pertinente advertir, que el decreto de suspensión provisional en el presente asunto obedeció a que el Gobierno Nacional en el acto acusado adujo ejercitar las facultades que le confirió la Ley 15 de 1959 y por ello atendió el cargo de violación manifiesta del artículo 1º de ésta invocado por el actor.

La censura planteada por el señor apoderado de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte-, contra el decreto de suspensión provisional del parágrafo 1º de artículo 1º del Decreto 0209 de 3 de Febrero de 1992, es atendible, por lo siguiente:

Cuando dicha norma reglamentaria establece que los Alcaldes Distritales, Municipales o Metropolitanos *podrán suspender*, por el tiempo que se requiera, *el ingreso* por incremento *de vehículos clase taxi municipal en el territorio de su jurisdicción* no contraviene a primera vista el artículo 1º literal g del Decreto Ley 80 de 1987, mediante el cual se atribuyó como función a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, para ejercer un año después de la vigencia de dicho Decreto, la de "*Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente* al servicio público del transporte *en el territorio de su jurisdicción...*"Esta función, a juicio de la Sala, lleva implícita la de poder suspender el ingreso de dicha clase de vehículos contemplada en la norma acusada, y no es sino fruto del ejercicio de las facultades extraordinarias, que le confirió al Gobierno el artículo 13 de la Ley 12 de 1986, para asignar funciones a los municipios, de las que correpondían a las entidades descentralizadas del orden nacional: en el presente caso, del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito -INTRA-.

Significa lo precedente que, en principio, el parágrafo 1º demandado tiene sustento legal en el artículo 1º literal g) del Decreto-Ley 80 de 1987, y no en el artículo 1º de la Ley 15 de 1959, razón potísima para que se revoque el decreto de suspensión provisional y, en su lugar, se deniegue el mismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Reconócese personería para actuar en el presente proceso como apoderado especial de la Nación -Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al doctor RICARDO ROJAS SANABRIA, en los términos y para los efectos del memorial poder visible a folio 25 del expediente.

Se revoca el punto III del auto del 10 de Julio del presente año, en cuanto decretó la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto número 0209 de 3 de Febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, y, en su lugar, se deniega dicha medida precautoria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue aprobada y discutida en sesión del día tres (3) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

RECURSO DE APELACION-Requisitos

El recurso de apelación está reglamentado en tal forma por las normas procesales pertinentes que nada impide al juzgador conferirlo si se cumplen los requisitos exigidos, los cuales a la luz de lo dispuesto en los artículos 350 a 352 del C. de P.C. pueden enumerarse así: A) Que la providencia apelada sea una sentencia o un auto expresamente comprendido en la norma; B) que haya interés por parte del apelante; C) Que la providencia que se apela haya causado perjuicio al recurrente; D) Que el recurso sea interpuesto oportuna y formalmente; y, E) Que se haya sustentado debidamente el recurso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 2093. Varios - Recurso de Queja. Actor: Municipio de San Martín Meta.

El actor de la referencia, mediante apoderado judicial, interpuso el recurso de queja contra el auto del 3 de junio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, por el cual se negó la concesión del recurso de apelación propuesto contra el auto del 3 de febrero de 1992 que decretó la suspensión provisional del Decreto 067 expedido por el Alcalde de San Martín (Meta), el 13 de septiembre de 1991.

Manifiesta el recurrente en la fundamentación legal de su alzada, que "El 5 de diciembre de 1991 fue radicado en el Tribunal Administrativo del Meta la demanda de nulidad incoada por MARIELA CRUZ LOZANO Y OTROS contra el Dto. No. 067 del 13 de septiembre de 1991 expedido por el Alcalde Especial de San Martín", que "esa Corporación profirió con fecha *3 de febrero de 1991* (sic) auto admitiendo la demanda, ordenó las notificaciones y traslados de rigor y así mismo *decretó la suspensión provisional* del decreto demandado, por las razones que allí constan".

Contra el auto admisorio de la demanda en el que se decretó la suspensión provisional del decreto demandado, el Municipio de San Martín interpuso en tiempo el recurso de apelación "por estimar", como lo sigue estimando y así se consignó en el memorial en que se sustentó el recurso en cuestión, que los fundamentos que sirvieron de base para haber decretado la mentada suspensión provisional son erróneos y se ha violado la ley ostensiblemente".

Después de una demora superior a tres (3) meses, el Tribunal Administrativo del Meta por *auto del 3 de junio de 1992 negó la apelación* interpuesta por la parte demandada, argumentando o pretextando que la negativa se debía al hecho de haberse presentado el fenómeno de la sustracción de materia, que hacía inoperante conceder la apelación, frustrando (sic), así, un legítimo derecho que tiene el demandado a que el superior revise los actos del inferior, con violación del principio constitucional del debido proceso y el de las dos instancias.

Explica el quejoso que "La alegada sustracción de materia esgrimida por el Tribunal para negar el recurso de marras es la aparición de otra demanda de nulidad contra el mismo Dto. 067/91, pero en esta oportunidad presentada por el Gobernador del Meta cuestionando su "validez" y de la cual no se le notificó al señor Alcalde de San Martín, y en donde, de pronto, aparece una sentencia dictada por la Sala Plena del Tribunal calendada el *24 de abril de 1.992* que declara la invalidez del Dto. 067 citado, providencia redactada por un Ponente diferente al que profirió las medidas cautelares ya dichas, y que como se puede apreciar tiene fecha muy posterior al auto de la suspensión provisional que fue del *3 de febrero de 1992".*

EL AUTO QUE NIEGA LA APELACION

En auto del 3 de junio de 1992, el Tribunal Administrativo del Meta manifiesta que,

> "...en término, el señor Alcalde de San Martín, por intermedio de apoderado judicial, al igual que el ciudadano Ismael Espitia interponen en sendos escritos Recursos de Apelación, para con el proveído del presente de tres de febrero que accedió a la medida precautoria.

"El pedimento de la alzada deberá negarse, pues en el presente proceso, se presenta la figura de la Sustracción de Materia lo que da lugar a la terminación del proceso".

Y explica lo dicho así:

"En virtud del conocimiento que la Sala Unitaria tuvo sobre la demanda de validez que interpuso el Sr. Gobernador del Departamento del Meta contra el Decreto 067 del 13 de septiembre de 1991, expedida por el Sr. Alcalde de San Martín Meta, se ordenó que por Secretaría se incorporase a éste proceso lo decidido por el Tribunal en su instancia.

"II.- Fue así como a fol. 18 y siguientes de este expediente se aportó formalmente copia de la providencia, dentro de la cual se lee a fol. 191 que:

"...RESUELVA. ...Declarar la invalidez del Decreto No. 067 del 13 de septiembre de 1991, expedido por el Señor Alcalde Municipal de San Martín-Meta....".

"III.- Ante tal situación se presenta la prevención (sic) del inciso primero del art. 175 del C.C.A., que dispone:

"Art. 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "*erga omnes*"...".

El *a-quo* resolvió negar la apelación impetrada y declarar terminado el proceso.

LA SALA CONSIDERA

Comienza la Sala por poner en relieve la tardanza, no explicada por el Tribunal, en el pronunciamiento sobre el recurso de apelación el cual fue, como el mismo auto lo reconoce, interpuesto "en término". El auto apelado está fechado el 3 de febrero de 1992; el que resuelve la apelación, el 3 de junio del mismo año.

La fundamentación principal del Tribunal para llegar a la resolución tomada, está contenida en el siguiente párrafo, por demás impreciso y confuso:

"Se tiene entonces que en el *sub-lite*, que aún sin estar en cumplimiento el auto que decretó la suspensión provisional, sí obra evidencia de la invalidez para con lo que aquí se acusó lo que hace que de acuerdo con lo expuesto junto con las disposiciones legales informadas se de por terminado el presente asunto".

El recurso de apelación está reglamentado en tal forma por las normas procesales pertinentes que nada impide al juzgador conferirlo si se cumplen los requisitos exigidos, los cuales a la luz de lo dispuesto en los artículos 350 a 352 del C. de P.C., pueden enumerarse así: A) Que la providencia apelada sea una sentencia o un auto expresamente comprendido en la norma; B) Que haya interés por parte del apelante; C) Que la providencia que se apela haya causado perjuicio al recurrente; D) Que el recurso sea interpuesto oportuna y formalmente; y, E) Que se haya sustentado debidamente el recurso.

En el caso bajo examen, todos los elementos enunciados están dados y no se ve por lo tanto motivo para que el *a-quo* hubiera dilatado su estudio.

Pero lo que es más grave aún, no es la dilación del estudio sino que éste no se realizó. El Tribunal no se detuvo a analizar la procedencia de la petición sino que, esgrimiendo razones que no venían al caso, lo denegó.

Omitió así, el Tribunal en el auto apelado, la aplicación de los artículos 181 del Código Contencioso Administrativo que define las providencias que son apelables, el 267 de la misma obra que remite al código de procedimiento civil los aspectos no regulados en aquél y los artículos 350 a 352 de esta codificación que determina la procedencia, la oportunidad y los requisitos del recurso de apelación.

Al retardo para considerarlo y a la falta de estudio sobre su procedibilidad, el Tribunal cuya providencia se discute, agrega una razón más para que sea revocado: niega la alzada porque "en el presente proceso, se presenta la figura de la Sustracción de Materia lo que da lugar a la terminación del proceso" (las mayúsculas son del texto). Este asunto es completamente ajeno a las causas *ut supra* enunciadas para denegarla y constituye, al mismo tiempo, una decisión impropia a la naturaleza del auto.

La decisión de declarar terminado el proceso por una causa no considerada en la ley, ideada por el mismo Tribunal, no está llamada a hacer carrera y constituye , en sí misma, un presupuesto para hacer apelable el auto que lo decide, en interpretación a lo dispuesto por el artículo 181, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo.

Por las razones expuestas, el *ad quem* procederá a revocar la decisión del Tribunal de primera instancia y concederá el recurso legalmente interpuesto.

En mérito de lo hasta aquí expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el auto de tres de junio de mil novecientos noventa y dos proferido en el proceso de la referencia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Meta.

Segundo.- CONCEDER, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación contra el auto de tres de febrero de mil novecientos noventa y dos, proferido por el mismo Tribunal, por el cual se decretó la suspensión provisional del Decreto No. 067 del 13 de septiembre de 1991, expedido por el Alcalde Especial de San Martín -Meta-.

Tercero.- COMUNIQUESE lo aquí resuelto al Tribunal Administrativo del Meta, para que envíe el original del expediente a efecto de surtir el recurso de apelación concedido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 3 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTROL INTERNO/CONCEJO MUNICIPAL-Facultades/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

No observa la Sala a primera vista la "manifiesta infracción de normas constitucionales, si en cuenta se tiene que el Concejo Municipal es una autoridad administrativa a cuyo cargo puede estar la obligación de diseñar y aplicar los métodos y procedimientos de control interno (art. 269 C.N.); que la elección del jefe de control interno puede ser parte de esos métodos y procedimientos y que al Consejo municipal conforme a lo dispuesto en los artículos 313 de la Carta y 92 del Decreto 1333 de 1986, le corresponde determinar la estructura de la administración municipal. A la luz de lo dispuesto en el artículo 269 de la Constitución, la política de control interno deberá ser diseñada y aplicada por las entidades públicas y autoridades correspondientes "de conformidad con lo que disponga la ley", lo que podría implicar la necesidad de una reglamentación que habría que consultar si es que existe, o esperar que se dicte si aún no se ha establecido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente Nº. 2108. Apelación Interlocutorios. Actor: Municipio de Montería.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el actor de la referencia contra el auto del 30 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en cuanto denegó la suspensión provisional solicitada.

ANTECEDENTES

1o. El Municipio de Montería mediante apoderado promovió acción de nulidad "contra los siguientes ACTOS ADMINISTRATIVOS proferidos por el CONSEJO MUNICIPAL DE MONTERIA Y LA ALCALDIA DE MONTERIA".

a) El artículo 10o. del Acuerdo No. 03 de mayo 25 de 1992 por el cual se modifica el artículo 523 del Código Fiscal del Municipio (Decreto 247 de 1991 del Alcalde de Montería).

b) "La frase "Control Perceptivo" del artículo 426 del Decreto Municipal 247 de 1991 (Código Fiscal)".

c) El artículo 427 del Decreto 247 de 1991 (Código Fiscal).

2o. En el libelo demandatorio expuso como fundamento de derecho de las pretensiones, la violación de los artículos 269 y 313 de la Constitución Nacional, "porque no existe facultad legal ni constitucional que atribuya a los Consejos Municipales arrogarse la facultad de crear o nombrar o elegir funcionarios de "Control Interno" de la administración, y porque "La Constitución establece que el "Control Fiscal" se ejercerá por las Contralorías en forma "Posterior y selectiva", no le es dable a ninguna autoridad en Colombia, extralimitarse y establecer controles no previstos en la Carta Magna".

3o. La solicitud de suspensión provisional la sustenta el actor en su demanda, anotando que la medida es viable, que hay manifiesta infracción de las normas citadas la cual surge de la simple confrontación, y que, aunque no es necesario como presupuesto, hay un perjuicio notorio a la comunidad y al Municipio de Montería.

EL AUTO RECURRIDO.

En providencia del 30 de junio de 1992, el Tribunal Administrativo de Córdoba denegó la suspensión provisional solicitada porque al estudiarla "observa que el peticionario ni señaló las normas en las cuales fundamentaba su petición, ni expresó el concepto de la violación, solamente se limitó a expresar 'hay manifiesta infracción de todas las normas acotadas por parte de los actos acusados, de la simple confrontación surge la violación...'".

Para llegar a la anterior conclusión, el Tribunal apoyado en jurisprudencia de la Sala Contencioso Administrativa -Sección Primera- del Consejo de Estado, contenida en el auto del 27 de abril de 1984, razonó así:

> "Cuando la ley en el numeral 1o. del art. 152, ya citado, exige que se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquella, quiere decir que debe señalarse en la solicitud las normas violadas y con la cual se solicita la suspensión provisional y expresarse el concepto de la violación. No es posible remitirse a las normas invocadas como violadas en la demanda, ni al concepto de la violación allí expresado, sino que éste debe aducirse con relación a la solicitud".

SE CONSIDERA :

A pesar de que la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados se fundamenta en las normas citadas como violadas en la demanda, a las cuales se remite el solicitante para efectos de la medida precautelar impetrada, la Sala procederá a estudiarla a fin de definir su procedencia o improcedencia, habida consideración de que en estos casos debe entenderse que la sustentación está dada por tales normas y por el concepto que de su violación allí se expresa. En este sentido, la Sección Primera -Sala de lo Contencioso Administrativo- del Consejo de Estado, en auto del 4 de octubre de 1991, con ponencia del H. Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, expresó:

> "Aclarado el aspecto anterior, se tiene que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que la filosofía que inspira la sana figura de la suspensión provisional reviste tal trascendencia como mecanismo de control de la actividad de la Administración, que cuando el solicitante de la medida, como en el caso de autos, hace referencia en su petición a las normas que considera violadas en el texto de la demanda, el juez administrativo no puede relevarse de la obligación de emprender su estudio y solución. Lo aquí predicado, además de ser consecuente con la norma del artículo 152 del C.C.A., evita, en la mayoría de los casos, que una simple falta de técnica en su presentación haga nugatorio el derecho de los accionantes a hacer uso de tal medio de control constitucional y legal".

Por las anteriores razones tendrá que revocarse el auto apelado y procederse a estudiar la solicitud de la medida precautelar.

SUSPENSION PROVISIONAL.

Se dice en la demanda que el artículo 10o. del Acuerdo No. 03 de 25 de mayo de 1992, viola en forma manifiesta los artículos 269 y 313 de la

Constitución Nacional, ya que "no existe facultad legal ni constitucional que atribuya a los Consejos Municipales arrogarse la facultad de crear o nombrar o elegir funcionarios de "Control Interno" de la administración. Con las nuevas modalidades constitucionales indirectamente elige Contralor de la terna escogida por los Tribunales, y este funcionario ejerce el llamado "Control Fiscal", en forma "posterior y selectiva".

Con base en lo anterior afirma también el accionante que la frase "Control previo" del artículo 46 y los ordenamientos del artículo 427 del Decreto No. 427 de 14 de mayo de 1991, vigente desde el 1o. de junio de dicho año, expedido por el Alcalde de Montería, son inconstitucionales, porque "La Constitución establece que el 'Control Fiscal' se ejercerá por las Contralorías en forma "Posterior y Selectiva", no le es dable a ninguna autoridad de Colombia, extralimitarse y establecer controles no previstos en la Carta Magna". En relación con este argumento no señala el actor en forma concreta la norma constitucional que considera violada. Pero si por los términos a que alude, se concluye que se trata del artículo 267 de la Constitución de 7 de julio de 1991, hay que observar como ya lo ha hecho esta Sala "que no resulta jurídicamente posible estudiar si existe o no su quebrantamiento por parte del acto demandado, por cuanto habiéndose expedido éste bajo el régimen de la Constitución Política de 1886, mal puede fundamentarse su inconstitucionalidad en normas de la nueva Carta, salvo en relación con aquellas en que exista identidad entre unas y otras".

En relación con este punto agregó esta Sala en auto del 12 de marzo de 1992, expediente No. 1936, con ponencia del señor Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez:

> "Sobre este aspecto es importante señalar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para declarar, entre otros asuntos, la nulidad de los actos administrativos, pero en momento alguno para pronunciarse sobre reformas o derogaciones de normas legales que pudieren predicarse en virtud de cambios introducidos en el sistema constitucional colombiano, pues es claro que tales modificaciones o subrogaciones operan de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se requiera de decisión jurisdiccional alguna, a partir del mismo momento de producirse la vigencia de las nuevas disposiciones constitucionales que sean contrarias a aquellas. Lo aquí expresado encuentra su pleno respaldo en la jurisprudencia sentada por esta Corporación en sentencia que se transcribe parcialmente a continuación:
>
> ""2. La Constitución y la legislación preexistente. Es verdad inconcusa del Derecho Constitucional Colombiano, que se deduce del texto mismo de la Carta (Artículos 214 y 215) y que fue consagrada expresa e inequívocamente por la Ley (Artículo 9o. de la Ley 153 de 1887) que "la Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación

preexistente" y que, en consecuencia, "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente". Este principio no sólo comprende a la Ley, entendida orgánica y formalmente, sino también a todos los actos que materialmente se asimilan a ella (Artículo 214 de la Constitución) y, a fortiori, a los que le son de inferior jerarquía, como los decretos reglamentarios y ejecutivos, las ordenanzas, los reglamentos de los gobernadores, los acuerdos municipales o los reglamentos de los alcaldes; ello así se deduce no sólo de las normas indicadas, sino también de todas las que consagran la jerarquía normativa (Artículos 214 y 215 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 240 del C. de R.P.M. y 62 a 65 del C.C.A.), que desarrollan el principio del centralismo político según el cual, respecto del tema de que se trata, las entidades administrativas descentralizadas, como los Departamentos, siempre están subordinadas a la prevaleciente vigencia de la Constitución del país".

""La contraposición entre las normas constitucionales y las de inferior jerarquía puede ocurrir con precedencia de aquéllas sobre éstas o, viceversa, de éstas sobre aquéllas. En el primer caso se confronta el examen, por vía de acción o de excepción, de los preceptos subordinados en relación con los de la constitución que siempre deben prevalecer. En el segundo, las normas subordinadas quedan subrogadas o modificadas, *ipso jure*, al entrar en vigencia las nuevas disposiciones constitucionales que les sean contrarias. El primero es un problema de hermeneútica mientras que el segundo es de tránsito de legislación" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de julio de 1973, Consejero Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, actor: Carlos César Puyana Mutis, expediente No. 1695. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXV, números 439 a 440, segundo semestre de 1973, págs. 329 a 335).".

"En consecuencia, lo que cabe predicarse, en casos como el planteado por el demandante, es que si una autoridad se enfrenta a la posible necesidad de dar aplicación a normas legales que, habiendo sido expedidas bajo el régimen constitucional anterior, contrarían lo dispuesto por la actual Constitución Política, deberá abstenerse de hacerlo, acudiendo en sustento de ello, bien a la norma del artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, o a la figura de la excepción de inconstitucionalidad que consagraba la antigua Carta Política en su artículo 215 y que se mantiene en el nuevo ordenamiento de la misma naturaleza, en su artículo 4o. En este mismo orden de ideas, si el funcionario, no obstante lo atrás expresado, da aplicación a una norma legal reformada o derogada por el posterior ordenamiento constitucional, el particular agraviado con dicho acto podrá ejercer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la correspondiente acción contra el acto de aplicación irregular de aquella norma".

En lo concerniente a la transgresión de los artículos 269 y 313 de la Carta Magna por parte del artículo 10o. del Acuerdo No. 03 del 25 de mayo de 1992, cabe observar lo siguiente:

El acto acusado en cuanto a la parte impugnada dice:

"ARTICULO DECIMO: El artículo 523 del código fiscal (Decreto 247 de 1991) quedará así:

"Artículo 523. El Jefe de la Oficina de Control Interno será elegido por el Consejo Municipal para un período igual al del Alcalde".

Por su parte, el artículo 269 del ordenamiento constitucional que el actor considera infringido, reza:

"En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas".

Y el artículo 313 del ordenamiento constitucional al señalar las funciones de los Consejos no establece concretamente la de elegir funcionarios de Control Interno, que parece ser la circunstancia que induce al demandante a decir que no existe facultad legal ni constitucional que atribuya a los Consejos Municipales arrogarse la facultad para tal efecto.

No observa la Sala a primera vista la "manifiesta infracción" de las normas constitucionales precitadas, si en cuenta se tiene que el Consejo Municipal es también una autoridad administrativa a cuyo cargo puede estar la obligación de diseñar y aplicar los métodos y procedimientos de control interno (art. 269 C.N.); que la elección del Jefe de Control Interno puede ser parte de esos métodos y procedimientos y que al Concejo Municipal conforme a lo dispuesto en los artículos 313 de la Carta Política y 92 del Decreto 1333 de 1986, le corresponde determinar la estructura de la administración municipal.

Ahora, a la luz de lo dispuesto en el artículo 269 de la Constitución la política de control interno deberá ser diseñada y aplicada por las entidades públicas y autoridades correspondientes "de conformidad con lo que disponga la ley", lo que podría implicar la necesidad de una reglamentación que habría de consultar si es que existe, o esperar que se dicte si aún no se ha establecido.

En fin, presenta el caso sometido a estudio, planteamientos e interrogantes que habría que resolver previo un análisis jurídico propio de la sentencia, una vez adelantado el debate, y no de ahora, cuando de lo que se

trata es de suspender los efectos de los actos acusados por violación flagrante y ostensible de norma superior, que por ahora no se observa.

Por las consideraciones anteriores, tendrá la Sala que sostener el auto impugnado pero por las razones expuestas en esta providencia.

En virtud de lo anterior, la Sección Primera del Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 3 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DISTRIBUCION DE NEGOCIOS/SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Facultades

Teniendo en cuenta que por expreso mandato constitucional el Presidente de la República está facultado para distribuir los negocios, el hecho de que antes el asunto que ocupa la atención de la Sala hubiese correspondido al conocimiento de la Superintendencia Bancaria y que actualmente por su naturaleza se adapte más a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, no tiene incidencia alguna que le dé el acto demandado visos de inconstitucionalidad.

TOMA DE POSESION DE BIENES/INTERVENCION DEL ESTADO

La medida de intervención no constituye confiscación. La medida de intervención a través de la posesión de los negocios, bienes y haberes del demandante, busca favorecer a los terceros que en el sub examine fueron quienes buscaron la protección del Estado para que por intermedio de su facultad de inspección y vigilancia interviniera al actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1746. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 9398 de 27 de Septiembre de 1.989,

03379 de 25 de Enero de 1.991, expedidas por la Superintendencia de Sociedades, y, Oficios Nos. 18944 y 19604 de 28 de Septiembre y 4 de Septiembre de 1.989 y 1.990 respectivamente, emanados de la misma entidad. Actor : Germán González Regalado.

GERMAN GONZALEZ REGALADO, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 9398 de 27 de Septiembre de 1.989, por medio de la cual se toma posesión de los negocios, bienes y haberes del demandante. (fls. 3 a 6 cuaderno No. 1).

- Resolución No. 03379 de 25 de Enero de 1.991, que resuelve el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución No. 09398 de 27 de Septiembre de 1.989 (fls. 8 a 18 cuaderno No. 1)

- Oficio No. 18944 de 28 de Septiembre de 1.989, que ordena el registro del embargo sobre el bien inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 050-0402856.(fl. 57 cuaderno No. 1)

- Oficio No. 19604 de 4 de Septiembre de 1.990, en que se solicita inscribir la medida de embargo al inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0402856. (fl. 217 cuaderno No. 3)

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene disponer el levantamiento de las sanciones impuestas.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como vulnerados, los artículos 16, 20, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1.886; 1o. de la Ley 66 de 1.968; 44 a 62 de la Ley 9a. de 1.989 y 14, 28, 34 y 35 del C.C.A.

Para fundamentar el concepto de la violación, aduce, en síntesis, los siguientes argumentos:

1. Que el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1.886 resulta claramente violado, por cuanto a través de los actos acusados se ha puesto en peligro el patrimonio moral y económico del demandante, al ser tratado como urbanizador ilegal, sin serlo, y no obstante estar demostrado que el señor LUIS ORTIZ NIETO estaba loteando el terreno adquirido lícitamente con promesa de compraventa y con permiso radicado de conformidad con el Decreto Ley 78 de 1.987 ante la Alcaldía Distrital.

2. Que se vulneró el artículo 20 ibídem porque el actor no estaba condenado como infractor de la Constitución ni la Ley al momento de proferirse los actos demandados, y, por el contrario, la Superintendencia de Sociedades al interpretar el Decreto 497 de 1.989, violó la Constitución Nacional y se extralimitó en sus funciones, ya que la Ley 66 de 1.968 le atribuyó la inspección y vigilancia de todas las personas naturales y jurídicas dedicadas a la urbanización, a la Superintendencia Bancaria, lo que hace que el Decreto Reglamentario no pueda modificar la Ley 66 de 1.968 atribuyendo competencia respecto a personas naturales a la Superintendencia de Sociedades.

3. Que se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1.886 por cuanto, con una simple sospecha de unas informaciones no confirmadas ni ratificadas, se profirieron los actos impugnados.

4. Que se transgredió el artículo 30 ibídem, pues los derechos del actor fueron adquiridos con justo título y no podían ser intervenidos por la Superintendencia de Sociedades, ya que al momento de tomar posesión de dichos bienes no existía prueba de que los hubiese adquirido ilícitamente.

5. Que se violó el artículo 34 de la Constitución Nacional de 1.886, toda vez que la intervención total de los negocios, bienes y haberes del demandante, constituye una verdadera confiscación , sin haber sido oído y vencido en juicio.

6. Que los actos demandados se fundamentaron en los artículos 3o. y 5o. del Decreto 497 de 1.987, que viola la Ley 66 de 1.968 en su artículo 1o., porque se está interviniendo a persona natural, ya que no existe prueba de que sea persona jurídica, además que el Decreto 497 de 1.987 no podía derogar el artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968 so pretexto de distribuir negocios, y, existiendo una Ley que atribuyó a la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia, no pueden trasladarse esas funciones a la Superintendencia de Sociedades, por lo que debe darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en la Carta Magna.

7. Que se vulneró la Ley 9a. de 1.989 en su capítulo V, artículos 44 a 62, que fue proferida para legalizar las urbanizaciones irregulares, como el caso de la Selva Dorada, intervenida por la Resolución No. 9398, y que modifica la Ley 66 de 1.968 por su contenido social que permite sanear la titulación de las viviendas de interés social sin requisitos, lo que obliga a la Superintendencia de Sociedades a reconocer el derecho de los adquirientes, liberando de la intervención a los terceros.

8. Que se violó el artículo 14 del C.C.A., al no citarse a los terceros determinados directamente interesados en las resultas de la decisión.

9. Que se violó el artículo 28 ibídem al no haber comunicado la Superintendencia de Sociedades la actuación administrativa iniciada de oficio a particulares que pudieran resultar afectados en forma directa con la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

10. Se quebrantó el artículo 34 del C.C.A., ya que al no notificarse al demandante ni a los terceros, ninguno de los perjudicados pudo aportar ni pedir pruebas, antes de proferirse la Resolución ilegal 9398 de 1.989.

11. Se vulneró el artículo 35 ibídem porque al no darse al demandante ni a los terceros la oportunidad para pedir y aportar pruebas, se tomó la decisión sin motivación ni prueba sumaria, perjudicando a innumerables personas.

II. ACTUACION.

Por auto de fecha 20 de Junio de 1.991 (fls. 128 a 133 cuaderno No. 1), se admitió la demanda y se denegó el decreto de suspensión provisional por requerirse en el presente caso de razonamientos de alguna profundidad, propios de la sentencia.

La Nación - SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y, adujo al efecto, lo siguiente:

Con los actos acusados se está dando cumplimiento al artículo 16 de la Constitución Nacional de 1.886 protegiendo a las personas que invierten sus ahorros en soluciones de vivienda, frente a urbanizadores que no han cumplido con los requisitos que aseguren la viabilidad del plan de vivienda.

Que dicha Entidad no se extralimitó en sus funciones, ya que el Decreto 497 de 1.987 le asignó funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades reguladas en la Ley 66 de 1.968, además que las causales que condujeron a la intervención están probadas y la Ley de Reforma Urbana no auspicia urbanizaciones irregulares.

Y, que por lo demás, la actuación no se inició de oficio; se ordenó el embargo de los derechos de las personas intervenidas y el Despacho contó con las pruebas suficientes para adoptar la medida de intervención.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado y remitir el expediente al Tribunal Competente,, por considerar que el asunto no carece de cuantía y por lo tanto el Consejo de Estado no es competente para conocer de él en única instancia.

Al respecto, mediante proveído de 20 de Agosto de 1.992 (fls. 305 a 308 cuaderno No. 1), en Sala Unitaria, el Despacho del Consejero conductor del proceso consideró que no se configura la causal de nulidad invocada ya que si bien es cierto la actora se ha referido a que su patrimonio económico se ha visto afectado, también lo es que no determina cuantía alguna en la forma señalada en la Ley procesal para que se le indemnicen los eventuales perjuicios que se le hayan causado.

IV. LA DECISION.

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

CONSIDERACIONES :

Para una mejor comprensión del tema, es preciso iniciar el análisis de los cargos esgrimidos por el actor, dilucidando en primer término la competencia de la Superintendencia de Sociedades para intervenir a las personas naturales dedicadas a las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de los planes o programas de urbanización o construcción de viviendas, cualquiera que sea el sistema adoptado; así como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas, que según reza el artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968, corresponde al Gobierno Nacional, a través del Superintendente Bancario, su inspección y vigilancia.

La Superintendencia de Sociedades en la expedición de los actos acusados, se fundamentó, entre otras normas, en el Decreto 497 de 1.987. Este Decreto, "por el cual se distribuyen unos negocios", se dictó con base en el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1.886 y numeral 1o. del artículo 267 del C. de Co.

De conformidad con el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1.886:

> "La distribución de los negocios según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República".

El Presidente de la República, a través del artículo 1o. del Decreto 497 de 1.987, dispuso:

> "Distribuir entre los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968 y los Decretos 219 de 1.969, 2610 de 1.979 y 1742 de 1.981."

Así mismo, en el artículo 5o. ibídem facultó a la Superintendencia de Sociedades para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la actividad referida inicialmente.

Teniendo en cuenta que por expreso mandato constitucional (art. 132 de la Constitución de 1.886 hoy art. 189 num. 17) el Presidente de la República está facultado para distribuir los negocios, el hecho de que antes el asunto que ocupa la atención de la Sala hubiese correspondido al conocimiento de la Superintendencia Bancaria y que actualmente por su naturaleza se adapte más a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, no tiene incidencia alguna que le dé al citado Decreto visos de inconstitucionalidad.

De otra parte, el artículo 12 de la Ley 66 de 1.968 señala que las actividades de que trata el artículo 1o. ibídem, pueden realizarse por personas naturales o jurídicas, lo que significa que la inspección y vigilancia obviamente recae sobre ellas. Por todo lo anterior, los cargos 2o. y 6o. no están llamados a prosperar.

Para el estudio de los cargos 1o., 3o., 4o., 5o. y 7o., por violación de los artículos 16, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1.886, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1. La Resolución No. 09398 (fl. 3 a 6 cuaderno No. 1) "Por la cual se toma posesión de los negocios, bienes y haberes de varias personas naturales", dispuso en la parte resolutiva, en relación con el actor:

> "ARTICULO PRIMERO: Tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de los señores GERMAN GONZALEZ REGALADO CON C.de C. No. 4.094.500 de Chiquinquirá... por encontrarse incurso en las causales señaladas en el considerando 4o. de esta providencia."

2. Conforme al considerando 4o. a que alude la Superintendencia de Sociedades, el demandante quebrantó los numerales 3o., 4o., 5o. y 7o. del artículo 12 de la Ley 66 de 1.968.

3. Al respecto, señala el artículo 12 de la citada Ley:

> El Superintendente Bancario puede tomar la inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata esta ley, o disponer su liquidación:
>
> ...3o. Cuando persistan en descuidar o rehusar el cumplimiento de las órdenes debidamente expedidas por el Superintendente Bancario.

Al respecto, mediante proveído de 20 de Agosto de 1.992 (fls. 305 a 308 cuaderno No. 1), en Sala Unitaria, el Despacho del Consejero conductor del proceso consideró que no se configura la causal de nulidad invocada ya que si bien es cierto la actora se ha referido a que su patrimonio económico se ha visto afectado, también lo es que no determina cuantía alguna en la forma señalada en la Ley procesal para que se le indemnicen los eventuales perjuicios que se le hayan causado.

IV. LA DECISION.

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

CONSIDERACIONES :

Para una mejor comprensión del tema, es preciso iniciar el análisis de los cargos esgrimidos por el actor, dilucidando en primer término la competencia de la Superintendencia de Sociedades para intervenir a las personas naturales dedicadas a las actividades de enajenación de inmuebles, dentro de los planes o programas de urbanización o construcción de viviendas, cualquiera que sea el sistema adoptado; así como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas, que según reza el artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968, corresponde al Gobierno Nacional, a través del Superintendente Bancario, su inspección y vigilancia.

La Superintendencia de Sociedades en la expedición de los actos acusados, se fundamentó, entre otras normas, en el Decreto 497 de 1.987. Este Decreto, "por el cual se distribuyen unos negocios", se dictó con base en el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1.886 y numeral 1o. del artículo 267 del C. de Co.

De conformidad con el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1.886:

> "La distribución de los negocios según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República".

El Presidente de la República, a través del artículo 1o. del Decreto 497 de 1.987, dispuso:

> "Distribuir entre los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968 y los Decretos 219 de 1.969, 2610 de 1.979 y 1742 de 1.981."

Así mismo, en el artículo 5o. ibídem facultó a la Superintendencia de Sociedades para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la actividad referida inicialmente.

Teniendo en cuenta que por expreso mandato constitucional (art. 132 de la Constitución de 1.886 hoy art. 189 num. 17) el Presidente de la República está facultado para distribuir los negocios, el hecho de que antes el asunto que ocupa la atención de la Sala hubiese correspondido al conocimiento de la Superintendencia Bancaria y que actualmente por su naturaleza se adapte más a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, no tiene incidencia alguna que le dé al citado Decreto visos de inconstitucionalidad.

De otra parte, el artículo 12 de la Ley 66 de 1.968 señala que las actividades de que trata el artículo 1o. ibídem, pueden realizarse por personas naturales o jurídicas, lo que significa que la inspección y vigilancia obviamente recae sobre ellas. Por todo lo anterior, los cargos 2o. y 6o. no están llamados a prosperar.

Para el estudio de los cargos 1o., 3o., 4o., 5o. y 7o., por violación de los artículos 16, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1.886, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1. La Resolución No. 09398 (fl. 3 a 6 cuaderno No. 1) "Por la cual se toma posesión de los negocios, bienes y haberes de varias personas naturales", dispuso en la parte resolutiva, en relación con el actor:

> "ARTICULO PRIMERO: Tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de los señores GERMAN GONZALEZ REGALADO CON C.de C. No. 4.094.500 de Chiquinquirá... por encontrarse incurso en las causales señaladas en el considerando 4o. de esta providencia."

2. Conforme al considerando 4o. a que alude la Superintendencia de Sociedades, el demandante quebrantó los numerales 3o., 4o., 5o. y 7o. del artículo 12 de la Ley 66 de 1.968.

3. Al respecto, señala el artículo 12 de la citada Ley:

> El Superintendente Bancario puede tomar la inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata esta ley, o disponer su liquidación:
>
> ...3o. Cuando persistan en descuidar o rehusar el cumplimiento de las órdenes debidamente expedidas por el Superintendente Bancario.

4o. Cuando persistan en violar alguna norma de sus estatutos o de la Ley, en especial la relativa a la obligación de llevar la contabilidad de sus negocios.

5o. Cuando persistan en manejar sus negocios de manera no autorizada o insegura.

...7o. Cuando el ejercicio de las actividades de que trata la presente Ley se desarrolle en las circunstancias mencionadas de que trata el artículo anterior."

4. En relación con la causal contenida en el numeral 3o. transcrito, observa la Sala que a folio 89 del cuaderno No. 4, obra el requerimiento No. SQ-28 de Abril de 1.987 efectuado por el Superintendente Bancario al señor GERMAN GONZALEZ REGALADO en que se le ordena la suspensión inmediata de toda venta, promesa de compraventa y de cualquier otra forma contractual que implique recibo de dinero del público que tienda a la celebración de actos encaminados a la enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

A folios 96 a 98 ibídem aparece un escrito del demandante en que expresamente manifiesta conocer el contenido de dicho requerimiento.

Sin embargo, a folio 147 del cuaderno No. 1, en la visita practicada a sus oficinas, se constató que el 6 de Noviembre de 1.987, el demandante enajenó a María Consuelo Sánchez y otro, un lote de 72.oo metros cuadrados, por valor de $950.000.oo, es decir, con posterioridad al requerimiento de Abril de 1.987 y a la fecha en que se notificó del mismo, en que tuvo conocimiento de la expresa prohibición de enajenar inmuebles destinados a vivienda.

5. En lo tocante a la causal contenida en el numeral 4o., en el acta de visita practicada en las oficinas del demandante (Fl. 152 cuaderno No. 1), se dejó constancia que éste no lleva los libros de contabilidad ordenados por la Ley 66 de 1.968, Decreto 219 de 1.969, en concordancia con los artículos 19 ord. 1o., 50 y 51 del C. de Co.

6. En lo que atañe a la causal del numeral 5o., a folio 10 del cuaderno No. 4 obra certificación de la Superintendencia Bancaria en el sentido de que el actor no se encuentra registrado en los términos del artículo 3o. del Decreto 2610 de 1.979 y no cuenta con el permiso de que trata el artículo 4o. ibídem para adelantar actividades de enajenación de inmuebles destinados a uso habitacional, ni con la autorización de que trata la Resolución No. 3811 de 16 de Julio de 1.981, para adelantar planes de vivienda por el sistema de autoconstrucción, en la urbanización "La Selva Dorada" de Fontibón.

Además, a folio 87 del cuaderno No. 4 el Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, pone en conocimiento del Secretario de Gobierno Distrital, para que se tomen las medidas a que haya lugar, la iniciación de un proceso de urbanización en el predio "La Selva Dorada", el cual viola todas las disposiciones legales y urbanísticas correspondientes.

A folio 3 del cuaderno No. 2, los funcionarios del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, mediante memorando insisten nuevamente ante el Gobierno Distrital para que se tomen las medidas del caso, por cuanto en el citado predio se están adelantando obras de urbanismo sin el lleno de los requisitos técnicos y procedimientos dispuestos en las normas vigentes.

Aunado a lo anterior, el Secretario General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (fl. 2 cuaderno No. 2), informa al Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital que para la urbanización "La Selva Dorada", debido a la intensidad de ruido de 110 decibeles, no se recomiendan planes habitacionales.

Lo anterior permite concluir:

1. Si bien es cierto las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, no es menos cierto que el contenido del artículo 16 de la Constitución Nacional de 1.886 también prevé que aquellas deben asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares. Y es deber del Estado proteger a quienes con escasos recursos económicos invierten todo su patrimonio en procura de obtener vivienda propia que los conduzca a llevar una vida más digna. Y es deber de los particulares, concretamente en este caso, observar las normas que sobre urbanismo dicten las autoridades competentes, a fin de poder dar cumplimiento al objeto de sus obligaciones contractuales. Por esta razón no prospera el cargo frente al artículo 16 de la Constitución Nacional de 1.886.

2. No se observa violación del artículo 26 ibídem, por cuanto, en el evento sub lite, la Ley 66 de 1.968 en su artículo 12 autoriza la medida de intervención cuando se den las causales previstas para ello, y, como ya vimos, éstas se hallan plenamente demostradas.

De otra parte, de conformidad con el artículo 1o. y 5o. del Decreto 497 de 1.987, la autoridad competente para imponer dicha medida lo es la Superintendencia de Sociedades, y, por lo demás, el demandante se enteró de la práctica de la visita que determinó la iniciación de la actuación administrativa, como quiera que ésta se llevó a cabo en sus oficinas, y, tanto en el lapso comprendido entre la fecha de la misma (27 de junio a 5 de julio

de 1.989 fl. 144 cuaderno No.1) y la expedición de la Resolución No. 09398 (27 de septiembre de 1.989) en el que transcurrieron más de dos meses, bien pudo solicitar y aportar las pruebas tendientes a desvirtuar los serios y fundados motivos que tuvo la administración para dictar los actos acusados, así como al interponer el recurso de reposición, lo que no hizo. En efecto, en el escrito contentivo del recurso se limita a exponer que presentados en debida forma los documentos exigidos para obtener el permiso, y, pasados los 30 días sin que se le hubiere negado, la solicitud se entiende aprobada.

Sin embargo, a esta afirmación se contrapone el oficio proveniente de la Alcaldía (fl. 96 cuaderno No. 1) en que se informa que la documentación radicada bajo el No.998 contiene copias simples e ilegibles y la radicación No. 23895 de 7 de Diciembre de 1.987 es inexistente, así como la certificación del Superintendente Bancario (fl. 10 cuaderno No. 4) en el sentido de que el demandante no cuenta con el permiso de que trata el artículo 4o. del Decreto 2610 de 1.979 para adelantar actividades de enajenación de inmuebles destinados a uso habitacional.

Por lo anterior no prospera el cargo por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1.886, como tampoco existe razón frente a los cargos 10 y 11 por violación de los artículos 34 y 35 del C.C.A., para los cuales el análisis efectuado les sirve de fundamento.

3. En lo que respecta al cargo 4o. por violación del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1.886, la garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título, no ha sido desconocida a través de los actos impugnados, pues el hecho de que los terrenos del demandante hayan sido adquiridos legalmente, lo cual no fue objeto de discusión, pues conforme al artículo 5o. de la Ley 66 de 1.968, para desarrollar las actividades a que ésta se refiere, se requiere acreditar la propiedad, no releva a la administración de la obligación de aplicar las sanciones previstas en la Ley cuando se dén las circunstancias allí señaladas, máxime si la misma norma que cita el actor como transgredida, consagra que la propiedad es una función social que implica obligaciones, y el ejercicio de las actividades destinadas a la enajenación de inmuebles, impone deberes a los cuales no puede sustraerse el demandante, so pretexto de que lícitamente adquirió los terrenos. En este sentido no prospera el cargo.

4. En lo atinente al cargo 5o. por violación del artículo 34 de la Constitución Nacional de 1.886, tampoco está llamado a prosperar, toda vez que la medida de intervención no constituye confiscación, ya que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, confiscar es privar a una persona de sus bienes para aplicarlos al fisco, y, por ninguna parte los actos acusados han dispuesto que los bienes del demandante se transfieran como pena a manos del Estado, lo cual no acontece ni siquiera en el evento de la liquidación prevista en el artículo 12 de la Ley 66 de 1.968, en

cuyo caso los bienes responden por las acreencias, y el remanente, si lo hubiere, quedará en poder del deudor.

5. En lo que guarda relación con el cargo No. 7o. por violación de la Ley 9a. de 1.989 en sus artículos 44 a 62, no tiene vocación de prosperidad, dado que del contenido de los citados artículos se infiere que los requisitos a que ellos se refieren y que no se pueden exigir, para facilitar el saneamiento de los títulos de las viviendas de interés social y la obtención de préstamos, anticipos y pagos parciales de cesantía, que persigan la adquisición, mejoramiento o subdivisión de dicha vivienda, tiene por destinatarios a los adquirientes de las mismas y nó a las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades de enajenación, quienes están obligadas al cumplimiento de las normas que regulen lo relativo a los planes o programas de urbanización o construcción de viviendas.

Precisamente se trata de dar mayores oportunidades a quienes están en situación de hecho ocupando un inmueble para que puedan tener un justo título respecto de él y no de abrir paso a la ilegalidad. Este no es el espíritu de la Ley de Reforma Urbana, que tiene por objeto lograr condiciones óptimas de vivienda en las Ciudades y sus áreas de influencia, conforme a un plan de desarrollo, que presupone necesariamente de la existencia de normas que fijen requisitos y de la aplicación de técnicas modernas de planeación.

6. Finalmente, en lo que se relaciona con los cargos 8o. y 9o., por violación de los artículos 14 y 28 del C.C.A., no tienen asidero los argumentos del demandante, ya que de una parte, la medida de intervención a través de la posesión de los negocios, bienes y haberes del demandante, busca favorecer a los terceros que en el caso sub examine fueron quienes buscaron la protección del Estado para que por intermedio de su facultad de inspección y vigilancia, interviniera al actor, según se lee claramente en las quejas presentadas obrantes a folios 186 a 196 del cuaderno No. 3. Y, de otra parte, mediante oficio No. 12230 de 26 de Junio de 1.989, la Superintendencia de Sociedades acusó a los interesados el recibo de las quejas e informó el inicio de la correspondiente investigación administrativa.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda instaurada por GERMAN GONZALEZ REGALADO, a través de apoderado, dentro del expediente de la referencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CAMPAÑA ELECTORAL - Financiación / **CONSEJO NACIONAL ELECTORAL** - Facultades/ **EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

Es inconstitucional tanto la Ley 2 de 1992 en su artículo 8o. como el Decreto Reglamentario 405 del mismo año, artículo 1o. El legislador no podía ordenar la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos, con o sin personería jurídica, sin someter a los que no la tengan a la condición establecida en el artículo 109 de la Constitución: que hayan postulado candidatos y obtenido el porcentaje de votación señalado en la ley; ni limitar la financiación de las campañas a los partidos y movimientos políticos representados en el Congreso teniendo para ello en cuenta el partido o movimiento por el cual se haya inscrito cada miembro del mismo, pues con ello se excluye a los partidos y movimientos que no están representados en el Congreso, aún cuando reúnan las condiciones establecidas en el artículo 109 de la Carta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 2040. Acción de nulidad contra el Acto Administrativo contenido en la Comunicación de fecha 19 de marzo de 1992, suscrita por el Presidente del Consejo Nacional Electoral. Actor: César Valencia Parra.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

El ciudadano CESAR VALENCIA PARRA, 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 en la Comunicación de fecha 19 de marzo de 1992, dirigida por el señor Presidente del Consejo Nacional Electoral , doctor Euclides Londoño Cardona, al señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, en la cual expresa, en síntesis, que "los artículos 8o. de la Ley 2a. de 1992 y 1o. del decreto reglamentario 405 del mismo año son incompatibles con los artículos 109 y 265 numeral 6, de la Constitución Política, en cuanto colocan en pie de igualdad a los partidos y movimientos políticos con y sin personería jurídica, establecen como condición para tener derecho a financiación de la pasada campaña electoral que tanto los unos como los otros tengan representación en el Congreso y otorgan a senadores y representantes la facultad de conceder los respectivos aportes a cualquier partido o movimiento con representación en aquél (Decreto 405), "y, por tanto," el Consejo Nacional Electoral se abstendrá de aplicarlos, en razón de que para él prevalecen las citadas normas constitucionales", según lo dispuesto en el artículo 4o. de la Carta.

Concluye la Comunicación demandada, que no obstante "las anteriores consideraciones, le remitiremos el certificado que usted solicita. Así mismo, fotocopia auténtica de las comunicaciones enviadas por los señores Congresistas al Consejo Nacional Electoral".

La comunicación demandada es, observar la Sala, una respuesta a la que le remitió el señor Ministro de Gobierno, con fecha 4 del mismo mes y año, en la que le solicita al Consejo Nacional Electoral "certificar el partido o movimiento por el cual se inscribieron los actuales miembros del Congreso y aquellos representantes o senadores que hayan asignado expresamente la financiación a otro partido o movimiento con representación en dicha Corporación", y, en donde, además, le ruega "distribuir los aportes del Fondo en dicho Decreto previsto -se refiere al Decreto 363 de 1992-, teniendo en cuenta la suma a entregarse y la certificación de la inscripción de su partido o movimiento".

FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE NULIDAD

Considera el actor, sintéticamente, que el acto administrativo acusado es violatorio del artículo 265-6 de la Constitución Política, del artículo 8o. de la Ley 02 de 1992, inciso 2o., y del Decreto 0363 de 1992, por cuanto el Consejo Nacional Electoral se ha negado a darles aplicación, al abstenerse de hacer la distribución de los aportes del Gobierno Nacional para la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos que participaron en las elecciones de Alcaldes, Diputados y Concejales, celebradas el 8 de marzo de 1992, en la forma ordenada por dichas disposiciones.

LA ACTUACION

La demanda fue admitida mediante providencia de junio 12 de 1992 y notificada al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, entidad que no se hizo parte en el proceso, ni alegó de conclusión dentro del término concedido para ello.

Tampoco alegaron durante el término de traslado a las partes, el demandante, el representante legal de la entidad demandada, ni el representante del Ministerio Público ante esta Corporación.

LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

1a. Para no atender el Consejo Nacional Electoral la solicitud que le formularan el señor Ministro de Gobierno, en el sentido de "distribuir los aportes del Fondo" constituido por $960.000.000.oo, teniendo en cuenta "la suma a entregarse y la certificación de la inscripción de su partido o movimiento", tuvo en cuenta las siguientes razones:

"De conformidad con el artículo 109 de la Constitución Política, corresponde al Estado contribuir a la financiación de las campañas electorales de:

"1) Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica;

"2) Los demás partidos y movimientos, es decir, los que no gozan de personería jurídica, y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos, siempre que obtengan el porcentaje de votación que señale la ley.

"La ley 2a. de 1992 reguló exclusivamente la financiación de la campaña electoral correspondiente a las elecciones del 8 de marzo del presente año. Quiere esto decir, entonces, que los partidos y movimientos políticos, para que puedan beneficiarse de dicha financiación, tienen que haber intervenido en la pasada *campaña electoral*, como lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política.

"La Ley 2a. desarrolla en su artículo 8o. esta norma constitucional de la siguiente manera:

"En primer término, limita la financiación de las campañas a los partidos y movimientos políticos *representados el en Congreso* con lo cual se restringe el alcance de la norma constitucional.

"Lo anterior implica que los partidos y movimientos políticos que hicieron campaña para las elecciones del 8 de marzo del presente año y reúnan los requisitos constitucionales, no tendrán financiación si carecen de representación en el Congreso, lo cual contraría lo dispuesto por el artículo 109 de la Carta.

"De otra parte, da igual tratamiento a los partidos y movimientos políticos, con o sin personería jurídica, cuando la Constitución los diferencia claramente, exigiendo a aquéllos que no tienen dicha personería, postular candidatos y obtener el porcentaje de votación que señale la ley, para tener derecho a financiación.

"De igual forma, el artículo 8o. antes mencionado, estatuye que tendrán derecho a la financiación de las campañas, *los candidatos* elegidos, o quienes obtuvieron al menos el treinta por ciento del cuociente correspondiente a la Corporación de que se trate, o a la tercera parte de la votación del alcalde electo, según el caso, con lo cual está modificando ostensiblemente el artículo 109 que estableció la financiación de las campañas electorales *con destino a los partidos y movimientos políticos* y no a los candidatos.

La financiación de candidatos fue posible para las elecciones del 22 de octubre de 1991, porque el Acto Constituyente No. 2 de ese año así lo dispuso en sus artículos 17 y 18.

"El Decreto número 405 del 5 de marzo de 1992, reformatorio de su artículo 1o. del Decreto 363 del 27 de febrero de 1992, al crear un Fondo de novecientos sesenta millones de pesos, prevé nuevamente que la financiación de las campañas será para los partidos o movimientos *con representación en el Congreso*, añadiendo, como lo hizo la Ley 2a. de 1992, un elemento de calificación no contemplado por la Constitución Política.

"Además, el Decreto añade que los dineros se *distribuirán en proporción a la representación en el Congreso*, cuando la norma constitucional se refiere -al decir que 'se harán acreedores a este beneficio siempre que obtengan el porcentaje de votación que señale la ley' - al resultado de las elecciones de cuya financiación se trata; o sea, en este caso, de las departamentales, distritales y municipales del 8 de marzo y no de las del 27 de octubre de 1991.

"Pero, también, establece que *cada representante o senador* podrá solicitar expresamente, en escrito dirigido al Consejo Nacional Electoral, que se le contabilice, en favor de otro partido o movimiento con representación en el Congreso, que cumpla los requisitos de este Decreto. La norma personaliza en los representantes y senadores, el otorgamiento de las sumas destinadas a financiar las campañas, cuando, como ya se dijo, éstas deben distribuirse entre los partidos y movimientos políticos que cumplen los

requisitos establecidos por el artículo 109 de la Constitución Política y en la forma indicada en dicho precepto. Igualmente, lo hace sin tener en cuenta que se trata de elecciones departamentales y municipales y no de congresistas.

Por otra parte, la distribución no la haría realmente el Consejo Nacional Electoral, el cual tendría que limitarse a asignar los aportes a los partidos y movimientos señalados por los congresistas, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 265, numeral 6, de la Constitución Política. La disposición, además, excede la potestad reglamentaria, pues esa facultad no la otorga la ley a los congresistas, con quebranto del artículo 189, numeral 11 de la Carta.

"En cuanto a la financiación de la campaña electoral del 8 de marzo, el artículo 4o. del Decreto 363 de 1992 establece que el pago se hará directamente al candidato a la alcaldía o a la cabeza de lista, si se trata de votos para corporación pública, en contradicción con el artículo 109 de la Carta que establece la financiación estatal para los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que postulan candidatos, *pero no directamente para los candidatos.*

".....De otro lado, observa el Consejo Nacional Electoral, que el inciso final del artículo 8o. de la Ley 2a. de 1992, a su vez, también viola la Constitución Política al conferir al Gobierno Nacional la facultad de fijar 'el monto de la financiación, su oportunidad y forma de pago', cuando el artículo 265 de la Carta confirió la facultad al Consejo Nacional Electoral de 'distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, *establezca la ley'. O sea que ese monto debió ser establecido por la ley. Más aún, el Fondo debió ser creado por ella.*

"Para este efecto, el Congreso debió revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias, en la forma prevista en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución".

2a. La Sala comparte íntegramente la conclusión a que llegó el Consejo Nacional Electoral en la comunicación acusada, según la cual es inconstitucional, tanto la ley 2a. de 1992, en su artículo 8o., como el decreto reglamentario 405 del mismo año, artículo 1o., lo que conduce a una inaplicabilidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 4o. de la Carta.

En efecto, confrontando las disposiciones de la ley y las de su decreto reglamentario, con el artículo 109 de la Constitución Política que establece que "El Estado contribuirá a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos *con personería jurídica"*, así como a los "demás partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que postulen candidatos".... "siempre que obtengan el

porcentaje de votación que señale la ley", se encontrará que evidentemente el legislador no podía:

a) Ordenar la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos, con o sin personería jurídica, sin someter a los que no la tengan a la condición establecida en el artículo 109 de la Constitución: que hayan postulado candidatos y obtenido el porcentaje de votación señalado en la ley; y

b) Limitar la financiación de las campañas a los partidos y movimientos políticos REPRESENTADOS EN EL CONGRESO, teniendo para ello en cuenta el partido o movimiento por el cual se haya inscrito cada miembro del mismo, pues con ello se excluye a los partidos y movimientos que no están representados en el Congreso, aun cuando reúnan las condiciones establecidas en el art. 109 de la Carta.

Por otra parte, como también lo observa el Consejo Nacional Electoral, en contra de la disposición constitucional se ordena financiar "candidatos", lo cual no está previsto en el artículo 109 invocado, que se refiere exclusivamente al derecho que tienen a la financiación de sus campañas, partidos y movimientos políticos, de lo cual se deduce que no es propósito de la Constitución estimular la postulación de candidatos sin ningún respaldo político y que está en total concordancia con el artículo 108 ib. que exige que los candidatos a cargos de elección popular, sean inscritos o avalados por partidos o movimientos políticos con personería jurídica, o por movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, pero pudiendo la ley, en este evento, establecer requisitos "para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos".

Igualmente, para la Sala es válida la apreciación que hace el Consejo Nacional Electoral sobre la inconstitucionalidad de la facultad que el decreto reglamentario 405 de 1992, le otorga a los senadores y representantes, para señalar como beneficiario de la financiación a un partido o movimiento distinto al suyo, siempre que tengan representación en el Congreso y cumpla los requisitos establecidos en el mismo Decreto, frente a lo dispuesto en el artículo 265 de la Carta que dispone que la distribución de los aportes la hace el Consejo Nacional Electoral en las condiciones que establezca la ley.

Finalmente, también es cierto que el monto de la financiación y el Fondo que se constituyó con ese monto, para la financiación de las campañas de los partidos y movimientos políticos, lo que se hizo por medio de decreto ejecutivo en virtud de la autorización contenida en el tantas veces citado artículo 8o. de la Ley 2a. de 1992, es violatorio de la Constitución Política, ya que, según ella tal determinación es de la exclusiva competencia del Congreso de la República, la que sólo eventualmente podía ser delegable en

el ejecutivo, según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Carta, de manera PRECISA Y PRO TEMPORE (término máximo de seis meses).

En otras palabras, es inconstitucional que mediante una norma legal se otorgue al Gobierno como *facultad permanente, y casi incondicional* la de expedir normas sobre materias que corresponden a la ley por mandato de la Carta, y que el Gobierno, a su turno, en ejercicio de ella, mediante decretos reglamentarios, sin límite temporal para hacer lo que solamente es dado a la norma legal, proceda a "legislar" sobre el particular, como en este caso, determinando el monto *a quantum* de la apropiación con la cual se constituirá el Fondo con el cual se atenderá a la financiación de las campañas electorales o partidistas.

Por lo dicho, claro es que las súplicas de la demanda no 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,

FALLA:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad promovida por el ciudadano CESAR VALENCIA PARRA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y Presidente del Consejo Nacional Electoral, y archívese el expediente.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONPES - Facultades / **PLAN DE INVERSIONES / PRESUPUESTO NACIONAL / RECURSOS DE CAPITAL / EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Utilidades.

Mientras el artículo 26 de la Ley 38 de 1989 señala como función del CONPES, la de determinar en cada vigencia fiscal, en el Plan Operativo Anual de Inversión, la cuantía de las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado, sin hacer distingos, que entrarán a ser parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional, el artículo 3o. enjuiciado exceptúa de dicha obligación a aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que estén vigiladas por la Superintendencia Bancaria durante la vigencia fiscal de 1989. Ni el artículo 19 del Decreto 3077 de 1989 ni el artículo 3o. del Decreto 251 de 1990, a los cuales se refiere la norma acusada, autorizan la exclusión que consagra ésta. DECRETA LA NULIDAD del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 0843 de 20 de abril de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre Once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1597. Acción de nulidad contra el artículo 3º. del Decreto Reglamentario 0843 de 20 de Abril de 1990, del Gobierno Nacional. Actor: Tulio Méndez Espinoza.

El ciudadano y abogado Tulio Méndez Espinosa, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la nulidad del artículo 3º. del Decreto Reglamentario número 0843 de 20 de Abril de 1990 "por el cual se reglamenta la Ley 38 de 1989", expedido por el Gobierno Nacional.

I. EL ACTO ACUSADO

La norma acusada es del siguiente tenor literal:

"Artículo 3º. Las utilidades obtenidas en la vigilancia fiscal de 1989 por las empresas industriales y comerciales del estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria no serán consideradas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, para efecto de lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 38 de 1989, 19 del Decreto 3077 de 1989 y 3º. del Decreto 251 de 1990".

II. CAUSA PETENDI.

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 120 numeral 3º. de la Constitución de 1886; 12 de la Ley 153 de 1887; y 1º. y 26 de la Ley 38 de 1989 (Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación).

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

El artículo 26 de la Ley 38 de 1989 prescribe que es función del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- determinar en cada vigencia fiscal en el Plan Operativo Anual de Inversión, la cuantía de las utilidades que harán parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional. En cambio, la norma acusada exceptúa a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de la obligación de que sus utilidades obtenidas en la vigencia fiscal de 1989, entren a hacer parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional.

La norma acusada es un Decreto Reglamentario y como tal debe ser el desarrollo y complementación de las disposiciones generales de la ley. Si bien es cierto que la generalidad de las leyes impone para su correcta aplicación la necesidad de complementarlas con una serie de definiciones, de delimitaciones conceptuales, de precisiones, en suma con un desarrollo del contenido de la norma, también lo es que la finalidad del desenvolvimiento del texto de la ley, es llenar vacíos y omisiones o aclarar aspectos, pero no contrariar ni modificar los valores y fines objetivados en la ley, ni lesionar su sentido.

La norma acusada exonera a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria en el sentido que las utilidades obtenidas en la vigencia fiscal de 1989 sean consideradas por el CONPES para efecto de lo estipulado por el artículo 26 de la Ley 38 de 1989, es decir, que sus utilidades no entrarán a ser parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional.

Plantea la norma acusada una excepción no contemplada en la ley que dice reglamentar ya que la facultad del CONPES estriba en determinar qué cuantía de las utilidades harán parte del Presupuesto Nacional.

La violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 se da puesto que la potestad reglamentaria debe encaminarse no sólo a hacer práctica la ejecución de la ley sino a desarrollar el pensamiento del legislador con la limitante de que al ejercerla no puede modificar o violar la ley que se reglamenta ni invadir la acción del legislador.

En cuanto a las violaciones constitucionales se tiene que al confrontar el texto del Decreto acusado con el numeral 3º. del artículo 120 de la Constitución Nacional se observa la manifiesta violación de dicho numeral por parte del Gobierno Naciónal toda vez que de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 38 1989 es facultad atribuida al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- en cada vigencia fiscal la de determinar en el Plan Operativo Anual de Inversión, la cuantía de las utilidades de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado que entrarán a ser parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional, al paso que el Decreto Reglamentario, norma de inferior jerarquía, fija como excepción a dicha regulación, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

El establecer esa excepción a la ley constituye extralimitación de la letra, la intención, la materia y los fines del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, todo lo cual es violatorio del artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

Como el demandante en escrito separado al de la demanda solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la Sala accedió a tal medida mediante auto de 10 de Mayo de 1991, arguyendo que el artículo 3º. acusado contrarió en forma clara las previsiones de la norma que le sirve de fundamento.

A pesar que la parte demandada: la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue notificada del auto admisorio de la demanda y constituyó

apoderado para que llevara su representación en el presente proceso, el mismo no contestó la demanda, no se opuso a las pretensiones de la parte actora ni solicitó la práctica de pruebas.

En la etapa procesal de los alegados de conclusión sólo ejercitó su derecho la parte demandante, reiterando los argumentos expuestos en libelo demandatorio.

IV. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo estima que es procedente la anulación de la norma acusada dado que la misma no se limitó a la función reglamentadora de hacer eficaz, activa y operante la norma reglamentada sino que la contraría en cuanto excluye de la gestión financiera del Conpes las utilidades obtenidas en la vigencia fiscal de 1989 por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 26 de la Ley 38 de 21 de Abril de 1989 o Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, preceptúa:

> "Las utilidades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son de propiedad de la Nación. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, en cada vigencia fiscal determinará en el Plan Operativo Anual de Inversión la cuantía de las utilidades que entrarán a ser parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional".

Al paso que el artículo 3o. del Decreto número 0843 de 20 de Abril de 1990 Reglamentario de la Ley 38 mencionada, prescribe:

> "Las utilidades obtenidas en la vigencia fiscal de 1989 por las empresas industriales y comerciales del Estado vigiladas por la Superintendencia Bancaria no serán consideradas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, para efecto de lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 38 de 1989, 19 del Decreto 3077 de 1989 y 3º. del Decreto 251 de 1990."

De la comparación de los preceptos transcritos surge palmaria, flagrante y grosera la violación de la norma de superior jerarquía por la norma que dice reglamentarla, dado que, mientras el artículo 26 de la Ley 38 de 1989 señala como función del Consejo Nacional de Política Económica y Social -Conpes-, la de determinar en cada vigencia fiscal, en el Plan Operativo Anual de Inversión, la cuantía de las utilidades de las Empresas Industriales y

Comerciales del Estado, sin hacer distingos, que entrarán a ser parte de los recursos de capital del Presupuesto Nacional, el artículo 3º. enjuiciado exceptúa de dicha obligación a aquellas Empresas Industriales y Comerciales del Estado que estén vigiladas por la Superintendencia Bancaria durante la vigencia fiscal de 1989.

Cabe tener en cuenta además que ni el artículo 19 del Decreto 3077 de 1989 ni el artículo 3º. del Decreto 251 de 1990, a los cuales se refiere la norma acusada, autorizan la exclusión que consagra ésta.

Al establecer una excepción no considerada en la norma superior, el Reglamento demandado la contraría ostensiblemente, circunstancia que condujo a la Sección, *ab initio*, a decretar su suspensión provisional.

Esta violación apareja, de contera, la del artículo 120 numeral 3º. de la Constitución de 1886 - que corresponde al artículo 189 numeral 11 de la nueva Carta-, por haber excedido la letra de la Ley 38 de 1989 (Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación).

Las consideraciones precedentes justifican que se decrete la nulidad del artículo 3o. demandado, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

Se decreta la nulidad del artículo 3º. del Decreto Reglamentario número 0843 de 20 de Abril de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

Devuélvase al demandante la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día diez (10) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES Directivos/**INTRA DEPARTAMENTAL/GOBERNADOR** - Facultades

Como de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución de 1886 "los departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución", como la atribución 2a del artículo 194 de la misma Carta establecía que corresponde al Gobernador "dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes" y como de acuerdo con el artículo 286 del C.R.D. "los gerentes o directores de los establecimientos públicos ... son agentes del gobernador, de su libre nombramiento y remoción", para la Sala no hay duda de que la parte de la norma acusada, contenida en una ordenanza departamental, viola las normas constitucionales y legales acabadas de citar, en cuanto desconoce la facultad de libre nombramiento y remoción del director de un establecimiento público del orden departamental por parte del gobernador, otorgando la facultad nominadora a una autoridad del orden nacional como es el Director General del INTRA.

DECLARA LA NULIDAD de la expresión "éste será nombrado por el Director General del INTRA de terna solicitada al Gobernador del Departamento" contenida en el artículo 11 de la Ordenanza No. 018 de 23 de junio de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del Meta.

DEMANDA-Requisitos/**COPIA DEL ACTO PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

Obrando en el expediente copia íntegra y auténtica de la ordenanza contentiva del acto acusado, no había lugar a que el tribunal, aplicando un excesivo rigorismo y exégesis de normas procedimentales, acudiese al fácil expediente de declararse inhibido para fallar de fondo del asunto sometido a su consideración, pasando con ello por alto los principios y normas constitucionales y legales que consagran el derecho de todo ciudadano a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1996. Actor : Alberto Hoyos Castaño

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 13 de marzo de 1992.

I. ANTECEDENTES

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

El ciudadano Alberto Hoyos Castaño, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Meta la declaratoria de nulidad parcial del artículo 11 de la Ordenanza No. 018 de 23 de junio de 1988, expedida por la Asamblea de dicho Departamento y por la cual se creó el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta.

b. El acto acusado

A continuación se transcribe el artículo 11 de la mencionada Ordenanza, subrayando en él la expresión cuya declaratoria de nulidad se solicita.

> "Artículo 11.- El Instituto tendrá un Director General, quien será representante legal de la entidad y su primera autoridad ejecutiva, responsable del funcionamiento y eficaz desarrollo de sus objetivos; *éste será nombrado por el Director General del INTRA de terna solicitada al Gobernador del Departamento*".

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones se pueden resumir así (fls. 9 y 10).

El artículo 2o. de la Ordenanza que contiene la norma parcialmente acusada determina que el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta es un Establecimiento Público de dicho orden, con las características especiales que para el efecto señala la ley.

La existencia del acto cuya nulidad se solicita ha implicado el que desde la creación de dicho Instituto sólo haya existido un Director, por cuanto quienes han ejercido la Dirección General del INTRA jamás han solicitado al gobernador terna para hacer un nuevo nombramiento cuando se efectúan los de secretario del Despacho y/o directores o gerentes de entidades descentralizadas seccionales, atando así al Ejecutivo Departamental a mantener en dicho cargo a una persona que no es su agente, frente a quien tiene la facultad de libre nombramiento y remoción, como lo disponen los artículos 194, atribución segunda, de la Constitución Política de 1886 y el artículo 286 del Decreto 1222 de 1986.

A pesar de que el artículo 285 del citado Decreto determina entre otros aspectos, que los actos de creación de los establecimientos públicos deben señalar los requisitos y calidades que deben reunir sus directores, el acto acusado omite regular tales aspectos, pero, en cambio en los artículos 15 y 16 de la Ordenanza sí se señalan con relación a los cargos de Secretario General y Jefe de la División Técnica y de Vigilancia.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación

El actor considera que el acto acusado incurre en violación de las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda y en su alegato de conclusión, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan así (fls. 10 a 13 Cdno. No. 3 y 81 a 83 Cdno. No. 1):

Primer cargo.- Violación de los artículos 286 del Decreto 1222 de 1986 y 194, atribución segunda, de la Constitución Política de 1886, pues mientras la primera de ellas señala que los directores de los establecimientos públicos del orden departamental son agentes del gobernador, de su libre nombramiento y remoción, y la segunda atribuye a este último la facultad de nombrar y separar libremente a sus agentes, el acto acusado cercena al Gobernador del Meta dicha competencia, para trasladársela arbitrariamente al Director General del INTRA.

Segundo cargo.- Violación del artículo 285 del Decreto 1222 de 1986, pues el acto cuya nulidad se solicita omite señalar las calidades y requisitos que debe tener la persona que se seleccione para ejercer el cargo de Director del Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, como lo señala la norma superior, con lo cual se incurre en un abuso o desviación de poder, pues con dicha omisión se persiguió favorecer a quien ocupa dicho cargo "... y a quien ahora lo sigue ocupando, ...(...).... personaje que ha venido detentando todo el poder que ofrece en este país la burocracia a través del clientelismo...".

d.- Las razones de la defensa

A pesar de haber sido debidamente notificada de la demanda, la parte demandada no compareció al proceso (fl. 34 Cdno. No. 3).

e.- Los fundamentos de la impugnación

Al proceso comparecieron y fueron reconocidos como impugnadores de la demanda los ciudadanos Jorge Pérez Ríos y César Alfonso Salcedo Torres, quienes se oponen a las pretensiones del actor, con base en las razones que a continuación se resumen (fls. 35 a 37 y 38 a 45 Cdno. No. 3):

El procedimiento para nombrar los Directores Departamentales de Tránsito se encuentra señalado en los Decretos 2281 de 1955, artículos 5o.; 1173 de 1966, artículo 1o. y 2623 de 1985, artículos 26-13 y Ley 53 de 1989, artículo 5o., pues estas normas disponen, en resumen y entre otros aspectos, que los Directores de Tránsito y Transporte de los Departamentos serán nombrados y removidos por el Director del INTRA, de ternas pedidas a los Gobernadores. Es por ello que el acto acusado no incurre en violación alguna de las normas señaladas por el actor, pues no sólamente se limitó a consagrar lo dispuesto en disposiciones de superior jerarquía, las cuales, por tratar asuntos especiales, prefieren a las que tengan carácter general (art. 5 de la ley 57 de 1887), sino, además, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 325 del Decreto 1222 de 1986, el Gobierno Nacional tiene la facultad de tutelar y controlar las actividades de algunos establecimientos descentralizados del orden departamental.

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 13 de marzo de 1991 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite de rigor y se decretó la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, decisión esta última que, apelada como fue ante

esta Corporación, se revocó mediante providencia de 31 de mayo de 1991 (fls. 21 a 33 y 51 a 55 Cdno. No. 3).

Por auto visible a fls. 48 y 49 del Cdno. No. 1, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por la parte actora y por uno de los impugnantes.

Mediante proveído de 27 de julio de 1991 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto de fondo. De este traslado hicieron uso la parte actora y el Agente Fiscal (fls. 78, 79 a 104 y 105 a 107 Cdno. No. 1).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal Administrativo del Meta profirió decisión inhibitoria aduciendo" ... falta del presupuesto procesal de demanda en debida forma...", con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 109 a 119 Cdno. No. 1):

En atención a que en el estudio del recurso de apelación contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto allí se decretó la suspensión provisional del acto acusado, el Consejo de Estado detectó la ausencia del folio correspondiente a la primera hoja de la Ordenanza No. 018, en la cual debía encontrarse su encabezamiento y sus artículos 1o. a 10 el Tribunal señala lo siguiente:

Como se deduce de la diligencia de notificación de la demanda, el actor aportó un total de veinte (20) folios como anexo de la misma, para los citados efectos, dentro de los cuales se encontraba el folio primero de la Ordenanza No. 018 de 1988. A estos anexos "... fue que recurrió el señor Magistrado sustanciador para proferir al auto admisorio de la demanda y resolver sobre la suspensión provisional que a la postre se decretó".

Considera el Tribunal que si bien el actor acompañó copia integra de dicha Ordenanza para surtir la notificación de la demanda, no ocurrió lo mismo con el mismo anexo al original de tal escrito, pues de la foliación efectuada por la Secretaría se deduce "... que hacía falta una, precisamente la que correspondía ..." a su encabezamiento.

"No encuentra, en consecuencia la Sala, irregularidades algunas por parte de la Secretaría, sino por el contrario, el olvido en que incurrió el accionante al no presentar completamente el acto administrativo que sustentaba su impugnación".

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal considera que no le es posible pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, pues ella adolece

del presupuesto procesal de demanda en forma, pues el actor debió haberle anexado copia íntegra del acto acusado, como lo dispone el artículo 137 de C.C.A., ".... cuya carga probatoria le incumbe al actor en primer término...".

> "Podría argüirse que esta inobservancia se subsanó cuando en otra etapa del proceso se anexó, ahí sí completamente, la Ordenanza No. 018 del 23 de junio de 1988, pero como quiera que el artículo 139, con la modificación que se ha hecho, es perentorio al indicar cuándo y de qué forma deben presentarse los anexos, necesariamente ha de concluirse que al haberse subsanado en otra etapa procesal diferente a la señalada por las normas procedimentales contencioso administrativas, no puede ser de recibo por parte del Tribunal".

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. 126 a 129 Cdno. No. 1):

A pesar de que el fallo recurrido se sustenta en que el actor olvidó acompañar " ...el folio de encabezamiento del acto administrativo que en uno de sus artículos atacaba...", el Tribunal admite que en otra etapa del proceso anexó, en forma completa, la Ordenanza No. 018 de 1988.

La afirmación que se hace en la sentencia apelada, en el sentido de que para decidir sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de suspensión provisional se recurrió a la copia de la demanda y a su anexo, carece de toda lógica y razón, pues tales documentos debían reposar en la Secretaría del Tribunal y no en el Despacho del Magistrado Ponente.

Si el Tribunal hubiese observado que con el escrito de demanda no se acompañó copia íntegra del acto acusado "..lo jurídico hubiera sido inadmitir la demanda por falta del presupuesto de que ahora se habla y no ponerse en la incómoda posición de buscar en las copias de la demanda y sus anexos ...(...)... el primer folio del acto acusado.

> "Como quiera que se trata de un fenómeno jurídico de falta de presupuestos para fallar, sino del extravío de un folio del acto acusado cuando ya había sido recibida la demanda por el Tribunal y que el acto acusado sí estaba completo en las copias según la manifestación del señor Magistrado Sustanciador que resolvió la admisión y la suspensión provisional, y que además posteriormente se adjuntó para demostrar que sí se había llevado completo, ruego al Honorable Consejo de Estado pronunciarse sobre el fondo de la demanda, a fin de no sacrificar el imperio de la Ley por la omisión del primer folio del acto acusado que en este momento no se puede imputar con seguridad a nadie.

"No puede HH. Consejeros sacrificarse el orden jurídico y dejar de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo, bajo el pretexto de la omisión de un formalismo para llegar a una conclusión tan vaga, en un caso tan ostensible de violación de la Ley".

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público ante la Sección Primera de esta Corporación no emitió concepto alguno.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que el recurso interpuesto tiende esencialmente a que esta Corporación revoque la sentencia apelada y, como consecuencia de ello, se decida sobre el fondo de la litis, la Sala procede a analizar las razones en las cuales se fundamentó el Tribunal de origen para adoptar su decisión, en los siguientes términos:

La sentencia recurrida se sustenta en la consideración de presentarse una ineptitud sustantiva de la demanda, derivada del hecho consistente en que el actor no acompañó a su demanda copia íntegra del acto acusado, la cual, estima el Tribunal, no puede entenderse subsanada aun cuando "... en otra etapa del proceso se anexó, ahí sí completamente, la Ordenanza No. 018 del 23 de junio de 1988..."

Ahora bien, el articulo 207 del C.C.A. dispone, entre otros aspectos, que una vez recibida la demanda y efectuado su reparto, ella deberá ser admitida si "...reúne los requisitos legales...". Es decir, que ante una demanda, la primera tarea que debe cumplir el juez administrativo es la de verificar si ella reúne, según el caso, los requisitos señalados en los artículos 137 a 142 ibídem, frente a lo cual procederá a admitirla o, en el evento contrario a decidir su inadmisión provisional, señalando los defectos formales de que adolezca para que el demandante los corrija en el plazo de cinco (5) días (art. 143 ibídem).

Aplicada la anterior preceptiva al asunto bajo análisis se tiene que efectuada la revisión del auto preferido por el Tribunal de origen el 13 de marzo de 1991, admisorio de la demanda, la Sala no encuentra que en él se haya hecho reparo alguno, ni se haya echado de menos el cumplimiento del requisito de acompañar copia del acto acusado, prescrito por el artículo 139, sino, por el contrario, que allí se expresa claramente lo siguiente:

"De acuerdo al acto administrativo distinguido con el No. 018 de 1988 expedido por la Asamblea del Departamento del Meta, *en su artículo 2o. crea EL INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE TRANSITO Y TRANSPORTES DEL META, con las características de organismo*

descentralizado del mismo orden, es decir, departamental, con carácter de establecimiento público y los elementos que la ley le señala.

"Tiénese entonces que dicho Instituto que ha tenido vida jurídica es un organismo descentralizado del orden departamental, más concretamente un establecimiento público.

"Si lo anterior es cierto y evidente como se desprende de las pruebas aportadas..." (Subraya la Sala fl. 30 Cdno. No. 3).

Lo hasta ahora expresado lleva a la Sala a la conclusión de que no debe darse trascendencia fundamental a lo manifestado en el fallo apelado, en el sentido de que para decidir sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de suspensión provisional se tuvo que consultar la copia que de la misma y de sus anexos se allegó para efectuar la notificación a la parte demandada.

De todas maneras, sin que sea necesario extenderse en análisis adicionales sobre este aspecto, e independientemente de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo hayan rodeado, la Sala considera que, obrando como obra en el expediente copia íntegra y auténtica de la Ordenanza No. 018 de 1988, contentiva del acto acusado, no había lugar a que el Tribunal, aplicando un excesivo rigorismo y exégesis de normas procedimentales, acudiese al fácil expediente de declararse inhibido para fallar de fondo el asunto sometido a su consideración, pasando con ello por alto los principios y normas constitucionales y legales que consagran el derecho de todo ciudadano a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley y la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo (artículos 40-6 y 228 de la Constitución Política y 4o. del Código de Procedimiento Civil).

En este orden de ideas, y consecuente con ellas, la Sala considera que hay lugar a revocar la sentencia apelada, a lo cual procederá en la parte resolutiva de este fallo.

La cuestión del fondo

En relación con el primer cargo.- Como se consignó en otro acápite de esta decisión, este cargo consiste en que el acto acusado, al radicar en cabeza del Director General del INTRA la facultad de nombrar al Director del Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, incurre en violación de los artículos 194, atribución segunda, de la Constitución Política de 1886, vigente al momento de su expedición, y 286 del Decreto 1223 de 1986, los cuales consagran como atribuciones propias de los gobernadores la de nombrar y remover libremente a sus agentes, como lo es, por mandato de la mencionada norma legal, el Director del mencionado instituto descentralizado del orden departamental.

Cabe igualmente recordar que para refutar dicho cargo, los impugnantes de la demanda aducen que el acto acusado se fundamentó en las siguientes disposiciones legales, cuyo contenido, en lo pertinente, se señala al frente de cada una de ellas:

a) Decreto 2281 de 1955, artículo 5o., inciso segundo, el cual expresa:

"Los Directores Departamentales de Transportes y Tránsito serán nombrados por el Gobierno Nacional, de ternas pasadas por los gobernadores".

b) Decreto 1173 de 1966, artículo 1o., que señala:

"Los Gobernadores de los Departamentos, el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá y los Intendentes y Comisarios, no podrán enviar al Ministerio de Fomento ternas para los efectos de lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 2281 de 1955, sin que éste las haya solicitado previamente".

c) Decreto 2623 de 1985, artículo 26, numeral 13, el cual dispone:

"Articulo 26.- A más de las funciones que le señalan las leyes, el Director del INTRA tendrá a su cargo las siguientes:

"...

"13. Nombrar y remover los Directores de Tránsito y Transporte de los Departamentos y del Distrito Especial de Bogotá de ternas pedidas a los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Bogotá, respectivamente, igualmente a los Inspectores de Tránsito y Transporte de las Intendencias y Comisarías de ternas pedidas a los respectivos Intendentes y Comisarios.

"Proveer interinamente dichos cargos cuando las necesidades del servicio así lo exijan".

d) Decreto 1222 de 1986, artículo 325, que señala:

"Las funciones de tutela previstas en este decreto sobre entidades descentralizadas como las loterías y beneficencias, se ejercerán sin perjuicio de las atribuciones de vigilancia y control que conforme a la ley corresponde a las autoridades nacionales".

e) Ley 53 de 1989, artículo 5o., el cual dispone:

"El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito fijará las pautas que deben sujetar la creación y funcionamiento de los organismos de transporte y/o tránsito".

Frente a los argumentos de orden jurídico que los impugnantes invocan en defensa de la legalidad del acto impugnado, la Sala encuentra lo siguiente:

En relación con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 5o. del Decreto 2281 de 1955 y con el artículo 1o. del Decreto 1173 de 1966, la Sala hace notar que de conformidad con el artículo 2o. del primero de los decretos citados, "los directores departamentales de transportes y tránsito" eran los jefes de "divisiones administrativas" que funcionaban "bajo el control e instrucciones de la Superintendencia Nacional de Transportes".

La organización del sector de transportes y tránsito se modificó sustancialmente, como en general la administración pública, con ocasión de las reformas constitucional y administrativa de 1968, en cuyo desarrollo, mediante el Decreto 770 de 1968, se creó el Instituto Nacional del Transporte -INTRA, como establecimiento público del orden nacional, con su propia estructura administrativa, al mismo tiempo que en la citada reforma constitucional se dio un nuevo paso en el proceso de consolidación de la autonomía de las entidades territoriales, en los términos de la Constitución y la ley.

No obstante lo anterior, diversas normas continuaron otorgando al Director del Instituto Nacional del Transporte -INTRA (hoy Instituto Nacional de Transporte y Tránsito), la atribución de designar y remover a los "directores de tránsito y transporte de los departamentos, y del Distrito Especial de Bogotá", de ternas enviadas por el gobernador y por el alcalde mayor. En ese sentido, para la época de expedición del acto acusado, se encontraba vigente el numeral 13 del artículo 26 del Decreto 2623 de 1985, ya transcrito, en el cual los impugnantes fundamentan la legalidad del acto demandado (en realidad se trata del numeral 13 del artículo 26 del Acuerdo No. 35 de 1985, emanado de la Junta Directiva del INTRA y aprobado por el artículo 1o. del decreto 2623 de 1985.

Por otra parte, los artículos 3o. y 237 del Decreto 1344 de 1970, modificado por los artículos 2o. del Decreto 2169 del mimo año y 91 de la Ley 33 de 1986, respectivamente, vigentes al momento de expedición del acto acusado, señalan que son autoridades de tránsito, entre otras, "las Secretarías, Departamentos o Direcciones de Tránsito de carácter departamental...", "... o las dependencias que hagan sus veces...".

De lo anterior y del contexto general de las normas sobre tránsito y transporte, analizadas en concordancia con el régimen constitucional y legal

sobre organización del Estado vigente en la época de expedición del acto acusado, la Sala concluye lo siguiente:

a) Cuando el numeral 13 del artículo 26 del Acuerdo No. 35 de 1985 se refiere a los "directores de tránsito y transportes de los departamentos", está refiriéndose a los jefes de las dependencias u organismos que las citadas entidades territoriales ejercen las funciones que en materia de tránsito y transportes les corresponden y los cuales, de acuerdo con la estructura administrativa que cada departamento adopte dentro de su autonomía organizativa prevista en el ordinal 5o. del artículo 187 de la Constitución de 1886, vigente en la época, pueden ser secretarías, departamentos administrativos, direcciones, establecimientos públicos, divisiones, oficinas u otras denominaciones, de acuerdo con la nomenclatura y naturaleza de la dependencia que el respectivo departamento decida aplicar.

b) Como de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución de 1886 "los departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establezca la Constitución", como la atribución 2a. del artículo 194 de la misma Carta establecía que corresponde al gobernador "dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes...", y como de acuerdo con el artículo 286 del Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986), "los gerentes o directores de los establecimientos públicos ... son agentes del gobernador, de su libre nombramiento y remoción", para la Sala no hay duda de que la parte de la norma acusada, contenida en una ordenanza departamental, viola las normas constitucionales y legales acabadas de citar, en cuanto desconoce la facultad de libre nombramiento y remoción del director de un establecimiento público del orden departamental por parte del gobernador, otorgando la facultad nominadora a una autoridad del orden nacional, como es el Director General del INTRA.

A la anterior conclusión no se opone la existencia de normas que como los citados artículos 5o. del Decreto 2281 de 1955, 1o. del Decreto 1173 de 1966 y 26, numeral 13 del Acuerdo 35 de 1985, aprobado por el Decreto 2623 de 1985, consagran el mismo procedimiento de designación establecido por el acto demandado para los "directores de tránsito y transporte de los departamentos", pues dichas normas o estaban derogadas algunas de ellas o las que pudieran considerarse vigentes al momento de expedirse la ordenanza acusada contrariaban igualmente las ya citadas disposiciones constitucionales y legales, por lo cual eran inaplicables al caso controvertido, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Constitución de 1886 (hoy reconocida en el artículo 4o. de la Constitución de 1991) y que la jurisprudencia ha reconocido en general para los casos de contradicción entre normas de diferente jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

En relación con el artículo 325 del Decreto 1222 de 1986, citado también por las impugnantes en defensa de la legalidad del acto acusado, la Sala considera que las funciones de tutela gubernamental sobre algunas entidades descentralizadas, del orden departamental, previstas en dicho estatuto, tan sólo tienen por objeto"... el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política y programas de la administración departamental" (art. 264 ibídem), que se ejercerán por "las secretarías y departamentos administrativos a los cuales se hallen adscritos los establecimientos públicos y vinculadas las empresas industriales y comerciales... " de dicho orden (art. 265 ibídem). y "sin perjuicio de las atribuciones de vigilancia y control que conforme a la ley corresponde a las autoridades nacionales" (art. 325 ibídem). sin que pueda pretenderse que tales funciones lleguen hasta la designación de los jefes o directores de tales organismos por parte de autoridades nacionales.

Por último, la Sala considera que en defensa de la legalidad del acto acusado tampoco es de recibo acudir al artículo 5o. de la Ley 53 de 1989, como lo pretenden los impugnantes, por la sencilla razón de que esta norma fue expedida con posterioridad a la ordenanza demandada, cuya legalidad está referida a las normas vigentes al momento de su expedición, además de que dicha norma legal sólo se refiere a la facultad del INTRA para fijar "las pautas que deben sujetar la creación y funcionamiento de los organismos de transporte y/o tránsito", sin que tal facultad pueda conllevar por sí misma el poder de nominación establecido en la norma acusada, contrariando las normas constitucionales citadas.

Por todo lo anterior, prospera el primer cargo.

En relación con el segundo cargo, que parece referirse a la ordenanza acusada, en su totalidad, consistente en que el acto cuya nulidad se solicita, al omitir el señalamiento de las calidades y requisitos que debe reunir la persona a quien se designe para ejercer el cargo de Director del Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, incurre en violación del artículo 285 del Decreto 1222 de 1986, por no haber señalado las calidades y requisitos para ejercer el cargo, la Sala considera que no ha de prosperar, toda vez que la transgresión de disposiciones superiores por parte de un acto administrativo sólo puede predicarse en la medida en que las regulaciones contenidas en este último se opongan a ellas, más en momento alguno por el simple hecho de que en él se guarde silencio respecto de las primeras, salvo que dicho silencio conlleve por sí mismo la contradicción, que no es el caso de la norma aquí demandada.

De otra parte, la acusación del actor en el sentido de que con la expedición de la ordenanza se incurrió en abuso o desviación de poder, pues con la omisión señalada se persiguió favorecer a quien ocupaba el cargo, no es más que una afirmación del demandante sin ningún respaldo procesal, por lo cual tampoco puede ser de recibo para la Sala.

En consecuencia, no prospera este cargo.

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

FALLA:

Primero.- REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 13 de marzo de 1992 y, en su lugar, se dispone:

DECLARASE la nulidad de la expresión "éste será nombrado por el Director General del INTRA de terna solicitada al Gobernador del Departamento", contenida en el artículo 11 de la Ordenanza No. 018 de junio 23 de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del Meta.

Segundo.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al Gobernador del Departamento del Meta y al Director General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

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 diez de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALORIA MUNICIPAL - Supresión / **CONCEJO MUNICIPAL**- Facultades

La atribución legal radicada en los concejos para crear contralorías municipales, cuando reúnan los requisitos para el efecto, conlleva necesariamente la de decir autónomamente tanto su establecimiento como su supresión, toda vez que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que limite dicha capacidad decisoria, ni mucho menos, que les prohiba la modificación de la estructura administrativa municipal. La existencia de normas según las cuales los contralores municipales, entre otros funcionarios del mismo nivel, se eligen para períodos fijos, no pueden considerarse como una cortapisa que impida la supresión de los organismos a los que dichos funcionarios pertenecen, pues es evidente que el desempeño de todo cargo está indisolublemente ligado a la exigencia del organismo dentro del cual se ejerce.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre Once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2061. Actor: Jairo Jiménez Aristizábal 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 Antioquía, a través de la Sección Primera, el 9 de abril de 1992.

I.- ANTECEDENTES

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

Los ciudadanos Jairo Jiménez Aristizábal y Juan Guillermo Herrera Gaviria, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Antioquía la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 062 de 26 de julio de 1991, expedida por el Concejo Municipal de Rionegro.

b.- El acto acusado.

Lo es el mencionado Acuerdo No. 062 de 26 de julio de 1991, "Por el cual se suprime una dependencia del tren administrativo municipal" (fl. 1 Cdno. No. 2).

En él se acordó la supresión de la Contraloría Municipal de Rionegro (art. 1o.); se dispuso que "la función de control se ejercerá en el Municipio por el organismo a quien compete hacerlo dentro de los parámetros del régimen jurídico- legal" (art. 2o.); se decidió que "El personal adscrito a la Contraloría Municipal de Rionegro será, en la medida de las posibilidades, vinculado a la Administración Central del Municipio (art. 3o.) y, por último, se determinó la fecha de su vigencia y la derogatoria de las normas que le fueren contrarias, "... en especial el Acuerdo 021 de 1986 y en lo pertinente a Contraloría el Acuerdo 010 de 1990" (art. 4o.).

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así (fl. 18 Cdno. No. 2):

El acto acusado, dictado dentro de la vigencia de la actual Constitución Política suprimió el funcionamiento de la Contraloría Municipal de Rionegro, la cual había sido creada mediante Acuerdo No. 021 de 27 de noviembre de 1986, como organismo dependiente del Concejo Municipal.

Con la expedición del acto cuya nulidad se solicita, el Concejo Municipal de Rionegro ejerció una competencia que no le confiere la Constitución ni la ley, como quiera que ellas sólo autorizan la creación y organización de contralorías municipales, más en momento alguno, su supresión.

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

La parte actora considera que el acto acusado fue expedido por un organismo incompetente, lo cual acarrea su nulidad en los términos del artículo 84 del C.C.A., por las razones que se resumen a continuación (fls. 19 y 20 Cdno. No. 2).

El artículo 305 del Código de Régimen Político Municipal (Decreto 1333 de 1986) facultó a los concejos municipales para crear y organizar contralorías con la finalidad de vigilar la gestión fiscal de la Administración, de lo cual se deduce que la intención del legislador no fue la de permitir la supresión de tales organismo, puesto que:

1o.) Los concejos no se encuentran expresamente autorizados para ello.

2o.) Los contralores sólo pueden ser removidos por las causales taxativas señaladas en el artículo 103 ibídem, dentro de las cuales no se encuentran la de supresión del empleo.

3o.) El inciso final del artículo 310 ibídem sólo confiere a los concejos, además de la facultad de crear contralorías, la de dictar normas sobre la manera de comprobar los ingresos y egresos de los fondos municipales.

4o.) Si el artículo 121 de la Constitución Política prohibe el ejercicio de funciones diferentes a las que ella misma y la ley atribuyen, ello equivale a que la competencia para la supresión de tales organismos debe emanar de normas de igual categoría, pues el artículo 122 de la misma Carta señala que las funciones estarán detalladas en la ley o reglamento.

5o.) Si el artículo 313-8 de la Constitución Política señala como atribución de los concejos la de elegir personero y los demás funcionarios que la ley determine, dicha facultad no implica la de su remoción.

6o.) El artículo 272, inciso segundo atribuye a la ley la determinación de la vigilancia fiscal de las contralorías municipales.

7o.) El Acuerdo No. 021 de 1986, mediante el cual se creó la Contraloría Municipal de Rionegro no puede ser derogado por otro acto de la misma categoría, hasta tanto la Constitución o la Ley no confieran competencia para ello a los concejos municipales.

e.- Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos en defensa de la legalidad del acto acusado (fls. 40 a 45 Cdno. No. 2):

La competencia del Concejo de Rionegro para expedir el acto acusado no sólo resulta del principio de la autonomía municipal sino de los más arraigados principios generales de derecho como aquellos según los cuales "quien puede lo más puede lo menos" y "las cosas se deshacen como se hacen", de lo que resulta que si de acuerdo con el artículo 305 del Código de Régimen Municipal los concejos municipales están habilitados para crear sus propias contralorías, también lo están para suprimirlas, salvo que norma expresa se lo prohiba.

Con los razonamientos de la parte actora, estima la demandada, se llegaría a absurdos tales como predicar que el Congreso no puede expedir leyes pues el artículo 150-1 de la Carta Política sólo lo autoriza para interpretarlas, reformarlas o derogarlas.

En cuanto a la predicada inamovilidad del Contralor Municipal, la parte demandada estima que, en general, la supresión de un cargo implica la cesación del empleo, y que resultaría descabellado sostener que ante la supresión de un organismo público sus empleados pudieren continuar desempeñando cargos que ya no existen.

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 25 de octubre de 1991 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite que corresponde y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 31 a 35 Cdno. No. 2).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para conceptuar de fondo, ninguno de ellos hizo uso de tales derechos.

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. 48 a 52 Cdno. No. 2):

La Constitución Política actual determina y la de 1886 determinaba que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley establece respecto a contralorías municipales.

De la aplicación al caso controvertido de lo dispuesto por el artículo 313-6 de la Constitución Política, norma de la cual no se expresó concepto de

violación en la demanda, anota el Tribunal, resulta claro que dentro de la facultad de los consejos para determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, queda incluida la de decidir qué cargos o dependencias deben ser creados, mantenidos o suprimidos.

> "*La supresión del empleo* es una forma de cesación definitiva de funciones previstas por la ley (artículo 25, literal c), del D.2.400 de 1968, sustituido por el artículo 1o. del D.3074, del mismo año y artículo 105, numeral 3, del decreto 1950 de 1973, que, como lo recuerda el apoderado del Municipio de Rionegro, f.44, "...coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña, salvo lo que se dispone para empleados inscritos en una carrera" (artículo 28, del Decreto 2.400 de 1968)".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso apelado, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, en las siguientes razones (fls. 54 y 55 Cdno. No. 2):

La declaratoria de nulidad solicitada parte de la idea de que el acto acusado fue expedido por un organismo que no tenía competencia para ello, razón por la cual dicho acto incurrió en violación de un conjunto de normas de cuyo entendimiento mal puede deducirse de una competencia expresa otra implícita.

La relación que ha de efectuarse tiene que ver con la facultad de supresión de las contralorías, la que tiene como cortapisa el período de los contralores y la forma de suspenderlos o removerlos (art. 103 Decreto 1333 de 1986).

La figura de la supresión de la Contraloría de Rionegro y del cargo de Contralor que se inventó el Concejo conllevaría el fin de dichos organismos sometiéndolos al vaivén político de los municipios.

Si la Constitución Política en su artículo 121 prohibe el ejercicio de funciones diferentes a las atribuidas por la misma Carta y por la ley, "... la de suprimir la contraloría, así el fallo indique lo contrario, debe ser expresa y no lo está en nuestro ordenamiento jurídico".

IV.- EL CONCEPTO FISCAL

Dentro del término de traslado para emitir su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección no se pronunció.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del análisis de los cargos formulados contra la sentencia de primera instancia se deduce que el aspecto central del caso en estudio consiste en determinar si los concejos municipales tienen la facultad de suprimir las contralorías que en el mismo orden ellos han creado, pues mientras el *a quo* deriva tal competencia del artículo 313-6 de la Constitución Política y del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, el recurrente sostiene que ello no es posible, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 121 de la Carta y 103 del citado estatuto legal.

Luego de una detenida lectura de los fundamentos de la sentencia recurrida, de las razones de inconformidad que respecto de ella expresa la apelante y del análisis de las normas constitucionales y legales que regulan la institución municipal, la Sala considera que el recurso interpuesto no tiene vocación de prosperar, por lo siguiente :

1o.- Porque el hecho de que la Constitución y la Ley hayan facultado a los entes municipales para crear sus propios mecanismos de control fiscal no puede ser entendido, ni interpretado como la imposición de una obligación, ni mucho menos que cuando a ello hayan procedido, tal decisión deba mantenerse inmodificable, pues ello conllevaría, ni más ni menos al anquilosamiento de las instituciones y al mantenimiento de organismos que si bien pudieron haber tenido su origen en situaciones históricas determinadas, con el transcurso del tiempo hayan podido demostrar su ineficacia o la inconveniencia de su creación o permanencia.

2o.- Porque correspondiendo a los concejos determinar la estructura de la administración municipal (art. 313-6 de la Constitución Política), es a ellos, y sólo a ellos, a quienes compete decidir, de acuerdo con la Constitución y con la ley, cuáles dependencias y organismos deben ser creados o cuya eliminación se hace indispensable para cumplir con el cometido y con la función de arreglar y ordenar lo conveniente para que se lleve a efecto dicha administración, atendiendo a criterios de conveniencia y de eficacia y austeridad del gasto público.

3o.- Porque la atribución legal radicada en los consejos para crear contralorías municipales, cuando reúnan los requisitos para el efecto (art. 305 Decreto 1333 de 1986), conlleva necesariamente la de decidir autónomamente tanto su establecimiento como su supresión, toda vez que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que limite dicha capacidad decisoria, ni mucho menos, como se anotó en el numeral anterior, que les prohiba la modificación de la estructura administrativa municipal.

4o.- Porque la existencia de normas como la contenida en el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, según la cual los contralores municipales, entre otros funcionarios del mismo nivel, se eligen para períodos fijos, no

pueden considerarse como una cortapisa que impida la supresión de los organismos a los que dichos funcionarios pertenecen, pues es evidente que el desempeño de todo cargo está indisolublemente ligado a la existencia del organismo dentro del cual se ejerce.

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

F A L L A :

Primero.- CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de su Sección Primera, el 9 de abril de 1992.

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 diez de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

UNIVERSIDAD DEL TOLIMA - Naturaleza Jurídica/ **ACTO ADMINISTRATIVO/ CONTROL JURISDICCIONAL/ AUTO-NOMIA UNIVERSITARIA**

Los acuerdos que contienen los actos acusados, fueron proferidos los dos primeros por el Consejo Académico y el último por el Consejo Superior de la Universidad. Estos Consejos al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 y 68 del Decreto 80 de 1980 constituyen organismos con capacidad decisoria en los asuntos académicos. Estos actos sancionatorios son verdaderas manifestaciones de voluntad de la administración que modifican o extinguen una situación jurídica. Los actos censurados son administrativos y como tales, están sujetos al control jurisdiccional por parte del contencioso administrativo. Si bien es cierto, las instituciones de educación superior son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión y servicios, para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno, no lo es menos, que tal autonomía debe someterse a los términos de la Constitución y la Ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 2091. Apelación Interlocutorios. Actora: Laura Melba Guzmán O.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra el auto de 11 de julio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por falta de jurisdicción.

ANTECEDENTES

La actora de la referencia, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en demanda presentada contra la Universidad del Tolima, solicitó al Tribunal Administrativo de este Departamento, la nulidad de los siguientes "actos administrativos":

1o. El Acuerdo No. 000049 del 2 de octubre de 1990, proferido por el Consejo Académico de la Universidad del Tolima, por el cual se tomaron las siguientes determinaciones en relación con la alumna Laura Melba Guzmán :

a) La expulsión de la Universidad.

b) La calificación de cero, cero (0,0) en la asignatura "TRABAJO COMUNITARIO".

c) La anotación de la sanción establecida en el artículo 1o. del mismo Acuerdo, en la Hoja de vida de la Oficina de Registro y Control Académico de la Universidad del Tolima.

2o. El Acuerdo No. 060 del 31 de octubre de 1990 por medio del cual se ratificó el Acuerdo No. 000049 del 2 de octubre de 1990.

3o. El Acuerdo No. 010 del 31 de enero de 1991, proferido por el Consejo Superior y autorizado con las firmas de los doctores Fernando Espinosa Tovar, Gobernador del Departamento del Tolima, y Héctor Villarraga Sarmiento, Secretario General del Consejo, sólamente en cuanto denegó la apelación y se declaró agotada la vía gubernativa.

Como consecuencia de las nulidades solicitadas y a manera de restablecimiento del derecho la parte actora solicita:

a) Que se condene a la Universidad a restituirla en el status de Estudiante del Programa de Licenciatura en Educación Preescolar, con todas las restituciones de tiempo, asignaturas, pruebas académicas con la más alta connotación.

b) Que se condene a la Universidad del Tolima a reconocer a la demandante todos los daños y perjuicios del orden moral causados con el desestímulo de habérsele truncado su carrera profesional, los cuales estima en valor equivalente a 1.000 gramos oro fino.

c) Que se declare que las violaciones de la ley imputables a los doctores Andrés Rocha Bermúdez, Fernando Espinosa Tovar y Héctor Villarraga Sarmiento en sus respectivas condiciones de Rector y Presidente del Consejo Académico, Gobernador y Presidente del Consejo Superior y Secretario General de la Universidad, lo son manifiestas y ostensibles, razón por la cual la entidad demandada debe repetir contra ellos, y,

d) Que la sentencia definitiva se cumpla en los precisos términos de la ley.

EL AUTO APELADO

Es el proferido el 11 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual resuelve "Decretar la NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto de fecha 7 de octubre de 1991, por el cual se admitió la demanda, por falta de jurisdicción".

Para llegar a la conclusión anterior, el *a-quo* razonó así:

"Para la realización de sus fines académicos las instituciones de educación superior: "... son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión o servicio; para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y Gobierno...", como lo establece el artículo 18 del Decreto Ley 80 de 1980.

"En cumplimiento de sus propósitos estas instituciones emiten unas veces actos administrativos, por ejemplo, el nombramiento o remoción de un empleado, y otras veces, en cumplimiento de sus fines sustanciales y para la realización de una función académica expide actos académicos.

"Los actos que profiera una Universidad del Estado en desarrollo de sus fines académicos son decisiones que escapan al control jurisdiccional, como lo es el caso examinado, en el cual un órgano de la Universidad Oficial del orden Departamental con fundamento en sus estatutos ordenó la expulsión como estudiante de LAURA MELBA GUZMAN, porque estos actos no son administrativos sino académicos, y esta diferencia entre actos administrativos y académicos tiene plena vigencia...".

Termina el Tribunal citando en respaldo de su tesis una jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente No. 4077, de enero 5 de 1985, con ponencia del Magistrado Miguel Betancourt Rey.

EL RECURSO INTERPUESTO

El apelante fundamenta el recurso en los siguientes breves términos:

"1o) - La tan "cacareada" "autonomía universitaria", apenas sí adquirió carta de naturaleza - (deferida a la ley que no se ha dictado) - a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 - (artículo 69).

2o.) - Las normas de los artículos 18 del Decreto Ley 80 de 1980 y 82 del Decreto-Ley 01 de 1984, versión del artículo 12 del Decreto-Ley 2304 de 1989, tienen a) - UNA MISMA JERARQUIA NORMATIVA; y b) - QUIZAS DOS ESPECIALIDADES DIFERENTES.-

3o.) - ¿Pero cuál es posterior? - (Encuéntrese la regla de interpretación en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887). - Por consecuencia, la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo no puede eximirse de conocer de actos administrativos de los estamentos universitarios...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

EL Decreto 80 de 1980 fija las normas que regulan la Educación Post-secundaria o superior.

El artículo 50 del precipitado estatuto dice:

"Las instituciones públicas de educación superior son establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal o Unidades Administrativas Especiales o Unidades Docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional.

"Los establecimientos públicos nacionales están adscritos al Ministerio de Educación Nacional, los departamentales a la respectiva Gobernación y los municipales a la respectiva Alcaldía".

Dentro de la perspectiva anterior, la Universidad del Tolima es un establecimiento público descentralizado del orden departamental, creado mediante una ordenanza y representado legalmente por el señor Rector.

El personal de la Universidad del Tolima como institución oficial de educación superior, está integrada por empleados públicos excepción hecha de los docentes de cátedra y de los trabajadores oficiales.

La calidad de empleado público se hace más notoria en el Rector de la Universidad Y en el Gobernador del Departamento, respectivamente, Presidentes del Consejo Superior y del Consejo Académico en cuya calidad intervinieron en la expedición de los actos demandados.

Los Acuerdos 000049 del 2 de octubre; 060 del 31 de octubre de 1990 y 010 de 31 de enero de 1991, que contienen los actos acusados, fueron

proferidos los dos primeros por el Consejo Académico y el último por el Consejo Superior de la Universidad. Estos Consejos al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 y 68 del Decreto 80 de 1980 constituyen organismos con capacidad decisoria en los asuntos académicos.

En el caso sometido a estudio los actos que se acusan se expidieron dentro de una investigación por falsedad de documentos, exámenes y calificaciones, hechos contemplados como falta en el literal a) del artículo 70 del Acuerdo número 000078 del 20 de octubre de 1988. Estos actos sancionatorios son verdaderas manifestaciones de voluntad de la administración que modifican o extinguen una situación jurídica, en este caso la de la demandante en su calidad de estudiante del Programa de Licenciatura en Educación Preescolar de la Universidad del Tolima.

Las razones anteriores llevan a concluir que los actos censurados son administrativos y como tales, contrariamente a lo que consideró el a-quo, están sujetos al control jurisdiccional por parte del contencioso administrativo según lo preceptuado en el artículo 82 del Código de la materia.

Si bien es cierto que según lo reglado en el artículo 80 del Decreto 80 de 1980, las instituciones de educación superior son autónomas para desarrollar sus programas académicos y de extensión y servicios, para designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno, no lo es menos, que tal como lo dice la misma norma precitada, tal autonomía debe someterse a los términos de la Constitución y la Ley.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo , Sección Primera,

RESUELVE:

Primero. - REVOCAR el auto de 11 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia.

Segundo.- ORDENAR remitir el expediente al Tribunal de origen, a fin de que continúe el trámite del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día diez de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ORDENANZA DE FACULTADES/ MONOPOLIO DE LICORES

La Asamblea no cumplió en su autorización al Gobernador con las previsiones del artículo 187 numeral 10 de la Constitución Nacional de 1886, como quiera que no le indicó de manera precisa, para efectos de la producción, introducción y venta de licores destilados, si se optaba por el monopolio o por el impuesto al consumo, y, no obstante esta circunstancia, el Gobernador optó por el monopolio. Como consecuencia de lo anterior, no se dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886 en el sentido de señalar la indemnización plena a los individuos que en virtud del monopolio, deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. DECLARA LA NULIDAD PARCIAL de la Ordenanza 13 de 1986 de la Asamblea de Cundinamarca, en cuanto no precisó las facultades para optar por el monopolio de licores destinados, y como consecuencia son igualmente nulos los artículos 27, 40 47 y 48 del Decreto 1499 de 11 de junio de 1987 expedido por el Gobernador de Cundinamarca, que regularon dicha materia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº. 1768. Recurso de apelación contra la sentencia de 19 de Abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del actor, 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 84 del C.C.A., frente a la Ordenanza No. 13 de 1.986, emanada de la Asamblea de Cundinamarca, y Decreto 1499 de 11 de junio de 1.987, dictado por el Gobernador del mismo Departamento, por el cual se adopta el Código de Rentas para el Departamento de Cundinamarca, con excepción de las expresiones "esencia de anís", "anís en grano o de baldiana", contenidas en el artículo 118 del Decreto 1499 de 11 de Junio de 1.987, que se declararon nulas.

I. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda, consideró el *a quo*:

1. En cuanto al cargo referente a "PRECISION DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS", por violación del artículo 187 numeral 10 de la Constitución Nacional de 1.886, dado que la Asamblea al conferir al Gobernador, facultades para expedir el Código de Rentas, no especificó el contenido y sentido de su mandato, lo que ocasiona la nulidad del acto mediante el cual se expidió el Código, no es de recibo, si se tiene en cuenta que la Ordenanza 13 de 1.986, delimita el campo de acción para el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas, tanto en la materia sobre el cual se debe desarrollar su ejercicio, como en el tiempo.

2. En lo tocante al cargo "RESERVA LEGAL DE LA CODIFICACION EN COLOMBIA", que se fundamenta en la especialidad que implica la elaboración y expedición de Códigos, lo que constituye una competencia exclusiva del Congreso (art. 76 num. 2o. Constitución Nacional de 1.886), que supone una facultad reservada al legislador y por lo mismo no propia de las Asambleas, tampoco son de recibo los argumentos expuestos, porque si bien es cierto el artículo 76 numeral 2o. establece como atribución propia del legislador la de expedir Códigos de todo el territorio nacional, también existe autorización legal que faculta a las Asambleas Departamentales, para regular las materias que le son propias como entes territoriales, y que supone la facultad de regular en forma general, dentro de un solo cuerpo homogéneo, las materias que gobiernan a los habitantes de su región

Que, además, del contenido de los artículos 43 de la Constitución Nacional de 1.886, y 62 numeral 1o. del C. de R. D., en concordancia con el 5o. ibídem, se puede deducir que es claro que las Asambleas Departamentales

están facultadas para regular las diferentes cargas impositivas que se relacionan con el desarrollo del Departamento .

3. En lo referente al cargo "REGIMEN DE LOS ARBITRIOS RENTISTICOS DEL IMPUESTO DE CONSUMO Y DE MONOPOLIO DE LICORES", que se sustenta en el análisis de las dos posibilidades que tienen las Asambleas Departamentales para escoger alternativamente entre el régimen del monopolio o del impuesto sobre las bebidas alcohólicas, ciñéndose a la Ley 14 de 1983 y Decreto Extraordinario 1222 de 1.986, y que la Asamblea Departamental como el Gobernador no pueden adoptar sino uno de los dos, y no contradictoriamente adoptar ambos como lo hace el Decreto demandado (artículos 27, 29, 34, 36, 40, 41, 42, 44 y 46), las disposiciones citadas por el actor son simplemente una exacta reproducción de las normas previstas en la Ley 14 de 1983, pero que el organismo colegiado departamental consagró dentro del Código de Rentas por considerarlas de relevancia para la comprensión de la materia a desarrollar, por lo que se concluye que las Asambleas tienen competencia propia para regular el monopolio respecto de la producción, introducción y venta de licores o para imponer gravámenes sobre dichas actividades lícitas, exceptuando las que son competencia del legislador, como el impuesto al consumo, para el cual sólo tienen su recaudo conforme lo señala el artículo 65 de la Ley 14 de 1983.

Que, no se comparte el criterio del demandante frente a la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886, en concordancia con el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, por cuanto la indemnización previa de que trata el artículo 31, para los casos en que se establezca un monopolio debe analizarse respecto de cada caso en particular, para determinar si se han vulnerado o no los derechos de quien en forma lícita ejerce tal actividad, y el hecho de que el Código de Rentas no prevea tal situación no implica su desconocimiento, lo que permite afirmar que el estatuto demandado en ningún momento está creando un monopolio que en tal evento exigiría indemnización previa, sino regulando una materia para la cual hay facultades. Y, en cuanto a la violación del Decreto 3192 de 1983 y la Ordenanza 13 de 1986, por parte de los artículos 31, 82 y 83 del Código de Rentas, la facultad que tienen las Asambleas Departamentales respecto del impuesto del consumo, los autoriza para reglamentar en todos sus aspectos el recaudo de dicho gravamen, tal como lo determina el artículo 65 de la Ley 14 de 1983, concordante con el artículo 14 ibídem, señalando los parámetros de orden administrativo que deben cumplir quienes desarrollan estas actividades, por lo que el hecho de que el artículo 31 disponga el requisito de obtener licencia del Secretario de Hacienda del Departamento, no puede entenderse como limitación al libre ejercicio de una actividad protegida por el derecho, sino una regulación que garantiza su desarrollo y permite realizar un control eficaz en el recaudo del impuesto al consumo.

4. En lo que atañe al cargo "MONOPOLIO DEL ALCOHOL Y DEL ANIS", sustentado en la violación de los artículos 31 de la Constitución Nacional de 1886, 11 de la Ley 83 de 1.925, Ley 14 de 1983 y Decreto 1222 de 1.986, por parte de los artículos 47 y 48 del Código de Rentas, se observa que en cuanto al monopolio sobre los alcoholes, el Decreto Legislativo No. 41 de 1905 en su artículo 2o., aclarado por el artículo 1o. del Decreto 244 de 1906, fijó como renta nacional la de licores y dispuso el monopolio de la producción, introducción y venta de licores embriagantes, señalando las bebidas que comprendía, y, el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 estableció el monopolio solamente sobre la fabricación de alcoholes impotables, lo que quiere decir que resulta claro que desde el Decreto Legislativo No. 41 de 1905 el legislador contempló el régimen del monopolio sobre la producción, introducción y venta de alcoholes en forma general e indiscriminada cobijando tanto a los alcoholes potables como a los impotables.

5. En lo que guarda relación con el cargo "LIBERTAD DE BODEGAJES", por violación del artículo 67 de la Ley 14 de 1.983 y Decreto 1222 de 1.986, por parte del artículo 33 del Código de Rentas acusado, se estima que el artículo 33 citado lo que establece es la obligación que existe respecto de los vinos producidos e introducidos al Departamento de Cundinamarca, de que una vez pagado el impuesto al consumo sean estampillados, operación que puede realizarse en las bodegas de rentas departamentales o en la fábrica, requisito sin el cual no pueden ser comercializados, y por lo tanto no existe contradicción alguna en esta disposición de carácter administrativo y de control, con el contenido de las disposiciones que se citan como violadas.

6. En lo que tiene que ver con el cargo "SISTEMA PENAL EN LA CONSTITUCION POLITICA", que se fundamenta en la violación a la Constitución por parte de los títulos III, IV y V del Código de Rentas, al carecer la Asamblea de facultades para establecer hechos punibles y definir consecuencialmente como sanción la pena privativa de la libertad, cuando ello es competencia exclusiva del Congreso, no son de recibo los planteamientos del actor porque dicha normatividad no corresponde a cosa diferente que a la facultad propia que la Constitución Nacional de 1886 reconoce en el artículo 187 num. 9o. a las Asambleas Departamentales para reglamentar la Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

Que, de esta manera, los títulos pertinentes del acto acusado contienen un conjunto de normas de carácter policivo que garantizan los derechos fiscales del Departamento, frente al desarrollo libre de una actividad ejercida por los administrados, disposiciones estas que están conforme a las facultades que le ha otorgado la Ley 14 de 1983 artículo 65 ordinal 2o. a las Asambleas, y por ello, las reglamentaciones de carácter policivo corresponden a las infracciones o contravenciones que son del régimen administrativo y por lo tanto las sanciones y procedimientos que se derivan de esta normatividad, también son

de orden administrativo, que no pueden erigirse en ningún momento en tipos penales o conductas delictivas.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Sustenta el apoderado del actor los motivos de inconformidad frente al fallo apelado, así: (fls. 4 a 14 cuaderno No. 2)

1. En cuanto al cargo "PRECISION DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS", no obstante la previsión de orden constitucional del artículo 187, la Asamblea de Cundinamarca en la Ordenanza 13 de 1.986 no precisó las políticas y directrices sobre las cuales debían enmarcarse los temas a tratar, recibiendo de esta manera el Gobernador facultades ilimitadas para decidir sobre todos aquellos asuntos relacionados con las rentas departamentales. Sin embargo, el Tribunal desconoció que la vaguedad e indeterminación de la facultad otorgada llevó al Gobernador a incurrir en confusiones, al decidir no sólo sobre el contenido del Código de Rentas, sino también sobre las políticas adoptadas en él.

2. En relación con el cargo "LA CODIFICACION DE LAS NORMAS TIENEN RESERVA LEGAL", se demostró en la demanda, cómo la expedición y reforma de los Códigos es función del Congreso por mandato constitucional, y cómo las leyes que los adoptan tienen una categoría diferente y especial frente a otras leyes, y no obstante estos razonamientos, el Tribunal consideró que la Asamblea de Cundinamarca sí podía autorizar al Gobernador para expedir el Código de Rentas, lo cual no es acertado porque en ninguna de las funciones específicas de la Asamblea está la de expedir Códigos, ya que esto es del resorte del Congreso y su órbita es de carácter nacional.

Pese a las consideraciones del Tribunal, el Decreto 1499 de 1.986 es un verdadero "Código" que contiene reglas de carácter administrativo, penal y de procedimiento penal y no una simple reglamentación fiscal. Así se infiere de los títulos 1o., 158, 159, 160, 162, 163, y de las normas contenidas en los títulos III y IV.

3. En lo que respecta al cargo "REGIMEN DE LOS ARBITRIOS RENTISTICOS DEL IMPUESTO DE CONSUMO Y MONOPOLIO DE LICORES", se demuestra aún más la imprecisión de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobernador de Cundinamarca, ya que la Ley 14 de 1.983 estatuye que la Asamblea es el órgano competente para decidir si opta o no por el monopolio o por el impuesto de consumo, y, la simple autorización para expedir y elaborar un Código de Rentas, no da lugar a sostener que al Gobernador se le están otorgando facultades para ejercer una función propia de la Asamblea.

4. En lo atinente al cargo "MONOPOLIO DEL ALCOHOL POTABLE", el acto ordenanzal demandado, ni la Constitución ni la Ley le dan al Gobernador

de Cundinamarca la facultad de regular tal monopolio, porque en primer lugar la Constitución de 1886 en su artículo 31 dispuso que" ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley", lo que quiere decir que el Decreto Legislativo No. 41 de 1905, sólo se refirió al monopolio de licores embriagantes como renta nacional, y, en segundo lugar la única ley que ha establecido un monopolio sobre alcoholes es la Ley 83 de 1925, pero únicamente para los impotables y no para los potables.

5. En lo que atañe al cargo "LIBERTAD DE BODEGAJE", la interpretación forzada que hace el Tribunal sobre el artículo 33 del Código de Rentas, para justificar la decisión ilegal del Gobernador de Cundinamarca, no hace que se desconozca el vicio de nulidad de que adolece esta norma, pues al indicarse en ella las dos únicas bodegas que pueden utilizar los productores e introductores de vinos, está condicionando el ejercicio de la libertad, al crear como requisito para comercializar dichos productos, la utilización obligatoria de una de las dos, violándose así el artículo 67 de la Ley 14 de 1983.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, considera que la apelación debe prosperar en lo atinente a la nulidad de los artículos 95, 98, 99, 107, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 126 y 152 del Código de Rentas que se refieren a la sanción de arresto, ya que está prohibido a las autoridades, Gobierno Nacional, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales imponer medidas correctivas distintas a las previstas en el Código Nacional de Policía, y en éste no se contempla la pena de arresto, salvo el arresto supletorio consagrado en el artículo 121 del Decreto 522 de 1971.

IV. LA DECISION

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

C O N S I D E R A C I O N E S :

A través de la Ordenanza No. 13 de 1986 (fl. 32 cuaderno No. 1), la Asamblea de Cundinamarca autorizó al Gobernador del Departamento, hasta por el término de seis meses, contados a partir de su vigencia, para elaborar y expedir el Código de Rentas de Cundinamarca.

Asistió razón al fallador de primer grado al desestimar el cargo "RESERVA LEGAL DE LA CODIFICACION EN COLOMBIA", que hizo consistir el actor en que conforme al artículo 76 numeral 2o. de la Constitución Nacional de 1886, la expedición de Códigos para todo el territorio nacional

corresponde al Congreso y por lo tanto no puede delegarse por la Asamblea en el Gobernador, una facultad que no tiene.

En efecto, del alcance de las normas constitucionales (arts. 43, 182 y 183 de la C.N. de 1886) que establecen la facultad de las Asambleas para imponer contribuciones; la independencia de los Departamentos para administrar sus asuntos seccionales y la propiedad exclusiva sobre sus bienes y rentas, y legales (art. 62 num. 1o. C. de R.D) que les permite establecer y organizar los impuestos para atender los gastos de la administración pública, se deduce claramente que estas corporaciones están facultadas para regular, a través de la expedición de normas, las materias relativas al manejo de sus rentas y de su régimen fiscal, base para el desarrollo y progreso de la respectiva entidad territorial.

Sin embargo, frente al cargo denominado "PRECISION DE LAS FACULTADES EXTRAORDINARIAS", no acertó el Tribunal, ya que conforme al artículo 187 numeral 10o. de la Constitución Nacional de 1886, corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

> "Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer protémpore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas."

Es función de la Asamblea, según reza el artículo 61 inciso 1o. de la Ley 14 de 1983, en los términos del artículo 31 de la Constitución de 1886, optar por el monopolio o por gravar las industrias y actividades relativas a la producción y venta de licores destilados, si el monopolio no conviene.

En el evento sub lite, la Asamblea de Cundinamarca no cumplió en su autorización al Gobernador con las previsiones del artículo 187 num. 10o. de la Constitución Nacional de 1886, como quiera que no le indicó de manera precisa, para efectos de la producción, introducción y venta de licores destilados, si se optaba por el monopolio o por el impuesto al consumo, y, no obstante esta circunstancia, el Gobernador optó por el monopolio.

Como consecuencia de lo anterior, no se dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886 en el sentido de señalar la indemnización plena a los individuos que en virtud del monopolio, deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

En relación con este aspecto, esta Corporación en providencia de 11 de Octubre de 1991, expediente 1622, ponente : doctor Yesid Rojas Serrano, expuso:

> "La indemnización debe preverse y regularse en la Ordenanza que establece o autorice el monopolio, ya que si se deja tal circunstancia a

cargo del Ejecutivo se tendrá la imposibilidad o por lo menos una gran dificultad para hacerla efectiva, como que de tal indemnización supone un gasto y estos necesariamente tienen que ser decretados por la Asamblea y fijarse en el presupuesto departamental.

"Como quiera que ni en la Ordenanza 12 de 1988, ni 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."

Por la razones aducidas antes, y en cuanto al monopolio de licores destilados se refiere, la Ordenanza carece de validez, lo que conlleva a dejar sin efectos los artículos 27, 40, 47 y 48 del Decreto 1499 del 11 de Junio de 1987 que regularon dicha materia.

La Sala no se referirá concretamente al cargo "MONOPOLIO DEL ALCOHOL POTABLE", dado que los artículos 47 y 48 del Decreto acusado (fl. 35 vto. cuaderno No. 1), quedan comprendidos dentro de la nulidad que habrá de decretarse, en razón del estudio sobre el segundo argumento; pero sin embargo, es un hecho evidente el que el alcohol potable no es objeto de monopolio.

Para el análisis del cargo denominado "LIBERTAD DE BODEGAJE", que fundamenta la recurrente en el hecho de que el artículo 33 del Decreto 1499 de 1987 es violatorio del artículo 67 de la Ley 14 de 1983, es preciso atender al contenido de las normas citadas.

Precepetúa el artículo 33 del Decreto demandado :

"Los vinos producidos e introducidos al Departamento de Cundinamarca, una vez pagado el impuesto al consumo, serán estampillados por los interesados en las bodegas de rentas departamentales, bajo la supervisión y vigilancia de los funcionarios destinados para tal fin, o en su defecto en la respectiva fábrica. Sin este requisito no podrán ser comercializados."

Estatuye el artículo 67 de la Ley 14 de 1983:

"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 de esta Ley, los departamentos, intendencias y comisarías no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o de cualquier otro gravamen distinto al único de consumo que determina esta Ley.

> Los departamentos, intendencias y comisarías podrán establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje, conforme a las normas vigentes."

No asiste razón al recurrente cuando afirma que se está condicionando el ejercicio de la libertad al crear como requisito para comercializar los vinos producidos o introducidos al Departamento, la utilización obligatoria de las bodegas del Departamento o de la respectiva fábrica.

De la lectura detenida de los artículos transcritos, se puede establecer claramente que el requisito sine qua non para la comercialización lo constituye el pago del impuesto al consumo, que da origen a la estampilla que deben portar los envases que contienen los licores y que precisamente es lo que los diferencia de los licores de contrabando, lo cual no es más que el desarrollo de lo consagrado en los incisos 2o. y 3o. del artículo 65 de la Ley 14 de 1983, que al efecto señalan:

> "Las Asambleas Departamentales y los Consejos Intendencias (sic) y Comisariales expedirán las normas pertinentes para reglamentar los aspectos administrativos del recaudo del gravamen de consumo y aquellas que sean necesarias para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos de que trata esta Ley.
>
> En todo caso, el pago del impuesto de consumo contemplado en esta Ley, es requisito para que el producto pueda ser vendido o distribuido."

Por consiguiente, en el entendido de que la norma no se puede interpretar en el sentido de ser obligatorio para productores e importadores de vinos, el estampillar su mercancía en las bodegas de rentas Departamentales, sino que, por el contrario, pueden a su opción, utilizar para tal efecto las bodegas oficiales, o, solicitar a la autoridad respectiva que lo hagan en la correspondiente fábrica o bodega de depósito de los vinos introducidos al Departamento, la norma no es contraria a las disposiciones superiores, y, por ello, no prospera el cargo formulado contra ella.

Teniendo en cuenta que la Sala, en el estudio del recurso de apelación, debe circunscribirse a los motivos de inconformidad plasmados por el recurrente en el escrito de sustentación del mismo, y, el cargo denominado "EL SISTEMA PENAL EN LA CONSTITUCION POLITICA", no fue señalado como aspecto discrepante frente al fallo impugnado, la Sala se inhibe de hacer un pronunciamiento sobre él, apartándose del criterio de la Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación.

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,

F A L L A :

1o. REVOCASE parcialmente la sentencia de 19 de Abril de 1.991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar se dispone:

DECLARASE LA NULIDAD parcial de la Ordenanza 13 de 1.986 de la Asamblea de Cundinamarca, en cuanto no precisó las facultades para optar por el monopolio de licores destilados, y como consecuencia, son igualmente nulos los artículos 27, 40, 47 y 48 del Decreto 1499 de 11 de Junio de 1.987 expedido por el Gobernador de Cundinamarca, que regularon dicha materia.

2o. CONFIRMASE la sentencia en cuanto denegó las demás súplicas de la demanda, en relación con el resto del articulado acusado, y, en cuanto anuló las expresiones indicadas en ella del artículo 118 del Decreto 1499 de 1.987.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de Voto del Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. precisó lo siguiente: Desde que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de 10 de julio de 1992, en el proceso S-275 -Actor: BANCO CAFETERO, con ponencia del Consejero Dr. JAIME ABELLA ZARATE, consideró que el recurso extraordinario de súplica es incompatible con el artículo 230 de la nueva Constitución Política, que debe aplicarse en forma preferente según el artículo 4o. de la misma, me he venido separando de la decisión de la mayoría por cuanto estimo, conforme lo sostuve en el salvamento de voto que hice en dicha providencia, que el aludido recurso extraordinario de súplica está consagrado en la ley y se fundamenta en la violación de esta, y que en un sistema de Derecho Legislado, como el nuestro, la jurisprudencia es un producto del Decreto que surge necesariamente de la interpretación y aplicación de la Ley.

ORGANIZACION RECAUDADORA SAYCO-ACINPRO/ PERSONERIA JURIDICA/ ALCALDE MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTA- Facultades/ **DERECHOS DE AUTOR**

El reconocimiento de la personería jurídica, no puede ser conferido por la Dirección Nacional del Derecho de Autor pues, esta oficina confiere tal personería en forma exclusiva a las asociaciones de titulares de derechos de autor, no a las asociaciones de asociaciones cualesquiera sean los derechos de que son titulares las personas naturales que las conforman. El reconocimiento de la personería jurídica de la Organización Sayco- Acinpro, no podía ser conferida, como en efecto no lo ha sido, por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, adscrita al Ministerio de Gobierno. Era el Alcalde de Bogotá, el funcionario competente para reconocer la personería jurídica ante él solicitada por la "Organización Recaudadora Sayco-Acinpro".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 1918. ASUNTOS DISTRITALES. Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia, contra la sentencia del 19 de Septiembre de 1991 proferida

por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del juicio de nulidad promovido contra la Resolución No. 0596 del 18 de noviembre de 1987, expedida por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial.

LA ACCION INCOADA

Se dirige la petición principal a "Que se declare la nulidad de la Resolución Especial 0596 del 18 de noviembre de 1987, expedida por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, por la cual se reconoce una Personería Jurídica".

Los fundamentos fácticos son los siguientes:

1º. Los señores Carlos J. Díaz Marín y Guillermo Zea Fernández, fueron autorizados para solicitar la Personería Jurídica de la Organización Recaudadora Sayco-Acinpro, ante la Alcaldía Mayor de Bogotá, según acta de fundación del 22 de octubre de 1987.

2º. Ante el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, los citados señores, presentaron la solicitud de reconocimiento de la Personería Jurídica, acompañada del acta donde consta la elección de dignatarios y la aprobación de los estatutos que rigen a la organización recaudadora Sayco-Acinpro, así como también la copia debidamente autenticada de éstos.

3º. De acuerdo con sus estatutos, la organización recaudadora Sayco-Acinpro tiene por objeto o atribuciones aquellos señalados a las asociaciones de autores, reguladas por la Ley 23 de 1982.

4º. La solicitud de reconocimiento de personería jurídica y aprobación de los estatutos de la organización recaudadora Sayco-Acinpro no correspondía adelantarse ante el Ministerio de Justicia.

5º. El Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, pese a no tener competencia para resolver la solicitud, según los dos puntos anteriores, dictó la Resolución Especial 0596 del 18 de noviembre de 1987.

6º. La Resolución Especial 0596 del 18 de noviembre de 1987, reconoce personería jurídica a la organización recaudadora Sayco-Acinpro, con domicilio en Bogotá y aprueba sus estatutos.

LAS NORMAS VIOLADAS

Se señalan como tales, las siguientes:

Constitución Política, artículos 12 y 14; Código Contencioso Administrativo, artículo 84; Ley 23 de 1982, artículos 4, 211, 212, 213, 216, 217, 229 y 231; Decreto Reglamentario 3116 de 1984, artículo 46.

Al explicar el concepto de violación, el actor cita un tratadista del Derecho Administrativo para afirmar que la Resolución acusada es un acto de registro y que "el registro es un acto por el cual la Administración anota, en la forma prescrita por el derecho objetivo y determina los actos o hechos cuya realización se requiere constar en forma auténtica".

Manifiesta que el Alcalde Mayor de Bogotá no tenía competencia para reconocer personería jurídica, "porque la Ley 22 de 1987, invocada en este acto, establece en su artículo uno:

> "Corresponde al Gobernador del Departamento de Cundinamarca y al *Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá*, reconocer y cancelar personería jurídica a las Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones e Instituciones de utilidad común, que tengan su domicilio en el Departamento de Cundinamarca y en el Distrito Especial de Bogotá, respectivamente, *cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia*". (subraya el actor).

Dice además que, siendo las atribuciones de Sayco-Acinpro las mismas que la Ley 23 de 1982 en el artículo 216 asigna a las asociaciones de autores, "corresponde el reconocimiento de personalidad jurídica y aprobación de estatutos a la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio de Gobierno, como lo ordena el artículo 212 de la Ley 23 de 1982, en concordancia con el 229 de la misma Ley, y no, como se hizo, por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá".

Dice además en su extensa exposición, a la cual se hará referencia en lo pertinente antes de la decisión, que "el régimen de las personas jurídicas corresponde determinarlo al Congreso y ellas deben someterse a la ley", preguntándose a cuál ley y respondiendo: "a la ley que cobija su objeto o las atribuciones que ejerce, las cuales están consignadas en sus estatutos sociales; ella es la Ley 23 de 1982, porque el objeto que cumple la ORGANIZACION RECAUDADORA SAYCO-ACINPRO, corresponde a los de una ASOCIACION DE AUTORES, según el Capítulo XVI, artículos 211 a 231 de la citada ley".

LA SENTENCIA APELADA

En sentencia del 19 de septiembre de 1991, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca se pronunció sobre la declaratoria de nulidad solicitada, denegando las pretensiones de la demanda.

Refiriéndose al primer cargo de la demanda, después de discurrir sobre las particularidades de los artículos 44 de la antigua Constitución Nacional y 38 de la de 1991, dice la providencia del *a-quo*:

"...Esa competencia general se encuentra asignada a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, con la modificación introducida a esa norma por el artículo 1o. de la Ley 22 de 1987, pues aquella establece como una de las funciones de esa oficina las de "Reconocer y cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones cuando esas funciones no hayan sido atribuidas a otros organismos". Pero en virtud del citado artículo 1o. de la Ley 22 de 1987 esa competencia general asignada a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia se trasladó al Gobernador de Cundinamarca y al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto al reconocimiento y cancelación de las personerías jurídicas de asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común que tengan su domicilio en el Departamento de Cundinamarca y en el Distrito Especial de Bogotá, respectivamente".

Alude luego la providencia a la determinación de la autoridad competente para reconocer la personería jurídica a una asociación o a una fundación y a la distribución especial de competencias para el reconocimiento y la cancelación de esa personería para concluir, en el caso examinado que:

"La nueva persona jurídica reconocida mediante el acto impugnado no está formada por titulares de derechos de autor, sino por dos personas jurídicas que, ellas sí, constituyen asociaciones de titulares de derechos de autor. De modo que como esa organización no es una asociación de asociaciones de derechos de autor, no resulta aplicable el artículo 212 de la Ley 23 de 1982 para deducir que su reconocimiento le correspondía a la Dirección Nacional de Derechos de Autor, sino, en consecuencia, el artículo 1o. de la Ley 22 de 1987, que le asigna la competencia al Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, en razón a que la asociación reconocida tiene su domicilio en esta ciudad".

En cuanto al primer cargo contra el acto acusado afirma:

"Como la Organización Recaudadora SAYCO-ACINPRO no podía obtener su reconocimiento de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, pues, de una parte, no se trata como ya se anotó, de la formación de una asociación de titulares de derechos de autor, y, de otra, tampoco reúne el requisito de los veinticinco autores exigidos por el artículo 213 de la Ley 23 de 1982, ello no significa que no pudiera obtener válidamente su reconocimiento como una asociación con personería jurídica, pues, en principio, y mientras no exista una norma legal que lo prohiba resulta posible la asociación de personas jurídicas que tengan el mismo objeto, en virtud del artículo 44 de la anterior Constitución Nacional. En consecuencia, por lo ya anotado, la Sala llega a la conclusión de que no prospera el cargo por falta de competencia de la autoridad que expidió el acto acusado".

El segundo cargo que hace el demandante, es el de violación de los artículos 12 y 44 de la anterior Constitución Nacional, pues al realizar la Organización Sayco-Acinpro las atribuciones que la Ley 23 de 1982 les confiere a las asociaciones de autores, debe someterse al régimen contemplado en ese ordenamiento. Dice el Tribunal en la sentencia que se apela que ello no es así, y lo explica:

> "Es cierto que la mencionada Organización se encarga de realizar algunas de la funciones que por ley y estatutos se encuentren asignadas a las asociaciones de autores que la conforman, más ello no indica que ciertamente resulten aplicables las normas de la Ley 23 de 1982 en cuanto al reconocimiento de las personerías jurídicas de las asociaciones de autores. Ello, claro está, no obsta que esa organización reconocida por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, no tenga que desarrollar las funciones que le corresponde ejercer como mandataria de las asociaciones de autores que la conforman con acatamiento de las demás normas legales que regulan su actividad, incluidas las de la Ley 23 de 1982. No se presenta, pues, la violación de las normas señaladas como infringidas".

Y ya en cuanto al último cargo, esto es, la violación de los artículos 211 y 213 de la Ley 23 de 1982 al considerar el actor que la Organización Sayco-Acinpro no puede constituir una asociación para realizar las atribuciones otorgadas por el artículo 3o. de los estatutos y por el artículo 216 de esa ley por no estar compuesta por titulares de derechos de autor, sino por dos asociaciones de autores y que constituyen personas jurídicas que actúan como mandatarias o representantes de titulares de derechos de autor, dice el Tribunal que por la misma razón, el cargo no prospera ya que ninguna norma legal prohibe a las asociaciones de derechos de autor la asociación entre sí para realizar las funciones que los titulares de derechos de autor les encomendaron. Y agrega:

> "Por esta razón tampoco prospera el cargo por violación del artículo 44 de la anterior Constitución Nacional formulado con el argumento de que como la Organización reconocida no reúne las características contempladas en la Ley 23 de 1982 para la conformación de una asociación de autores, no puede cumplir las funciones asignadas en los estatutos a esas asociaciones y, por tanto, contraría el "orden legal" a que alude esa norma constitucional".

EL SUSTENTO DE LA APELACION

Al apelar la providencia que resultó contraria a sus peticiones, el actor hace un extenso análisis de la misma y después de glosarla minuciosamente, hace un resumen de su exposición con las siguientes palabras:

1.- "La naturaleza y actividad de la Organización Sayco-Acinpro no permite que el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá, D.C.), le reconozca personería jurídica y apruebe los estatutos, porque está compuesta por dos "asociaciones de autores" de distinta rama o actividad (Art. 213 L. 23/82); y tanto aquella organización, como estas asociaciones cumplen las atribuciones conferidas por Ley única y exclusivamente a cada una de dichas asociaciones actorales (Art. 22 L. 23/82).

2.- "La Organización Sayco-Acinpro, como asociación de asociaciones de autores, no puede ejercer las actividades contempladas en el artículo 216 de la Ley 23/82, por mandato expreso del artículo 229 ibídem, al no tener la naturaleza de "asociación de autores".

3.- "Al permitírsele a la Organización Sayco-Acinpro ejercer la actividad propia y exclusiva de una "asociación de autores", se prohija por parte de las autoridades la confusión de los derechos patrimoniales de los autores de obras musicales, con los de los artistas intérpretes o ejecutantes o de los productores fonográficos, y se obliga a los usuarios o utilizadores de las obras musicales a pagar derechos a los que no están obligados.

4.- "Las autoridades y servidores públicos en la Administración tienen que subordinar sus actuaciones a la Ley y sólo pueden realizar aquello que éstas le autoricen (Art. 6 C.N.), dentro de las prescripciones, formas o procedimientos en ella señalados, y en la oportunidad y para los fines previstos en la Constitución y las leyes (Arts. 2, 4, 6, 13, 29 etc. C.N.) y en este caso, la ley no autoriza al Alcalde Mayor de Bogotá, D.E., a reconocer personería jurídica y aprobar los estatutos de una asociación de asociaciones de derechos de autor; es decir, una "asociación de personas jurídicas que tengan el mismo objeto", contrariando el artículo 229 de la Ley 23/82.

5.- "El recaudo por derechos autorales provenientes de diferentes titulares, hecho por una "asociación de asociaciones autorales" y la expedición por parte de ella de paz y salvos por su cancelación, son ilegales, porque esta actividad sólo compete a cada una de las asociaciones de autores, de acuerdo a su actividad (Arts. 213, 216 y 229 de la L. 23/82).".

Al descorrer el traslado para alegar en conclusión concurrieron también el representante de la Organización Recaudadora Sayco-Acinpro así como la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá (denominado a la fecha Santafé de Bogotá), quienes, una vez más, se opusieron a las pretensiones de la demanda y solicitaron la confirmación del fallo apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El acto demandado mediante la acción de nulidad que se estudia, es la Resolución Especial No. 0596 del 18 de noviembre de 1987, expedida por el

Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, mediante la cual se reconoce personería jurídica a la entidad sin ánimo de lucro denominada "Organización Recaudadora Sayco-Acinpro" con domicilio en Bogotá.

Según el orden de análisis escogido en la sentencia que es objeto de esta alzada, se tiene que el primer cargo formulado contra la Resolución en mención, es el de la incompetencia del Alcalde Mayor de Bogotá para expedirla. Es imperativo por tanto, para su examen, auscultar el caso a la luz de las normas pertinentes. Y a ello se procede:

Dos son las leyes que enmarcan los extremos del punto discutido: La Ley 23 de 1982 y la Ley 22 de 1987.

La primera de ellas, es la denominada ley sobre derechos de autor y, según el enunciado de su primer artículo, cobija a los autores de obras literarias, científicas y artísticas así como a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión en sus derechos conexos a los del autor.

El artículo 211 de esta Ley 23 de 1982, estipula que los titulares de derechos de autor podrán formar asociaciones sin ánimo de lucro, con personería jurídica y patrimonio propio, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la presente Ley.

La anterior disposición es complementada por el artículo 212 ibídem, al establecer que "El reconocimiento de la personería jurídica de estas asociaciones será conferido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, la que podrá fiscalizar su funcionamiento".

La "Dirección Nacional de Derechos de Autor" está adscrita al Ministerio de Gobierno.

Todos los intervinientes en el proceso que se entra a decidir en esta providencia, han calificado la conjunción Sayco-Acinpro como una "asociación de asociaciones de derechos de autor" denominación empleada por el a-quo en su sentencia (folio 198) la misma denominación en la que son contestes los apoderados de los entes que se han hecho presentes con sus puntos de vista jurídicos y que ya el demandante había señalado como Federación o Confederación de ASOCIACIONES AUTORALES" (folio 7 del expediente).

Indica la anterior apreciación, cuyo asidero legal está ampliamente demostrado, que el reconocimiento de la personería jurídica de una entidad así conformada, no puede ser conferido por la Dirección Nacional del Derecho de Autor pues, según las normas citadas y transcritas, esta oficina confiere tal personería en forma exclusiva a las asociaciones de titulares de derechos de autor, no a las asociaciones de asociaciones cualesquiera sean los derechos de que son titulares las personas naturales que las conforman.

Se puede pues colegir, con toda claridad, que el reconocimiento de la personería jurídica de la Organización Sayco-Acinpro, no podía ser conferida, como en efecto no lo ha sido, por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, adscrita al Ministerio de Gobierno.

Es de todas maneras saludable precisar que las dos sociedades que la componen, sí obtuvieron dicho reconocimiento en dicha Dirección, como se hace constar a folio 25 y 26 del expediente, constancia en la que también se lee: "Que la Dirección Nacional del Derecho de Autor no ha expedido ningún acto administrativo reconociendo a la institución denominada "ORGANIZACION RECAUDADORA SAYCO-ACINPRO".

Ahora bien, la segunda de las leyes cuya aplicación es objeto de este estudio, es la Ley 22 de 1987.

Esta disposición superior, que en su tercer artículo dispone la derogatoria de todas las que le sean contrarias, consagra en el artículo primero la atribución, a favor del Gobernador del Departamento de Cundinamarca y del Alcalde de Bogotá, de reconocer y cancelar la personería jurídica de las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, que tengan su domicilio en el Departamento de Cundinamarca y en Bogotá, "cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia".

Era, en consecuencia, el Alcalde de Bogotá, el funcionario competente para reconocer la personería jurídica ante él solicitada por la "Organización Recaudadora Sayco-Acinpro", conclusión que deja sin fundamento el cargo contenido en la demanda por falta de competencia de la autoridad que expidió el acto acusado.

Establecido lo anterior, y más concretamente, que la persona jurídica conformada por Sayco y Acinpro no puede, legalmente, estar catalogada como una asociación a la cual se le deba aplicar el régimen establecido por la Ley 23 de 1982 puesto que, valga la reiteración, no es una asociación de titulares de derechos de autor, quedan sin piso las acusaciones de violación de las varias disposiciones de esa ley señaladas por el actor a folio 2 de su libelo de demanda, y la del artículo 46 del Decreto Reglamentario 3116 de 1984 cuya confrontación apenas sugiere el demandante sin que presente una fundamentación que la respalde.

Por la misma razón, resulta tan endeble y poco defendible la acusada violación de los artículos 12 y 44 de la antigua Constitución Nacional, pues los principios generales que en ellos se sientan tienen cumplido desarrollo en el acto acusado que, como lo dice en forma explícita el encabezamiento, fue dictado en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley. Y tiene razón el juzgador de la primera instancia cuando, en la sentencia apelada, al analizar el segundo cargo, esto es, la violación de los artículos 12 y 44 de la anterior

Constitución, manifiesta que "Es cierto que la mencionada Organización se encarga de realizar algunas de las funciones que por ley y estatutos se encuentren asignadas a las asociaciones de autores que la conforman, mas ello no indica que ciertamente resulten aplicables las normas de la Ley 23 de 1982 en cuanto al reconocimiento de las personerías jurídicas de las asociaciones de autores". Es igualmente acertada su apreciación cuando, al referirse al tercer cargo, analiza la consideración del actor en cuanto a que la organización recaudadora beneficiada con la resolución enjuiciada, no puede realizar las atribuciones otorgadas por el artículo 3o. de los estatutos y por el artículo 216 de la norma rectora, respondiendo a la acusación que ésta no prospera ya que ninguna norma legal prohibe a las asociaciones de derechos de autor la asociación entre sí para realizar las funciones que los titulares de derechos de autor les encomendaron.

No aparece claro, y el demandante no lo explica, cómo entre las normas violadas se cita el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. ¿Cómo podría violar el acto acusado una norma constitutiva de una acción pública? Es ello más bien, una demostración de la poca concreción de la demanda, de la citación difusa de normas y argumentos que lo único que logran demostrar es la vaguedad de los cargos intentados. En la misma línea de imprecisiones el actor dedica varias páginas de su discurso de alegaciones en la segunda instancia, a un acápite denominado "LA CONSTITUCION DE LA ORGANIZACION RECAUDADORA SAYCO-ACINPRO REQUERIA DE PODER ESPECIAL DE TODOS Y CADA UNO DE LOS ASOCIADOS A SAYCO Y A ACINPRO", olvidándose de que en su demanda no solamente no hizo la más mínima alusión al respecto, sino que por el contrario, afirmó categóricamente en los dos primeros hechos que los solicitantes "fueron autorizados para solicitar la personería jurídica" y presentaron la documentación correspondiente. A folio 12 del segundo cuaderno, presenta además un prolijo recuento de hechos nuevos sucedidos después de la ocurrencia del acto demandado; asuntos todos los anteriores a los que esta Sala no hará referencia alguna dada su manifiesta improcedencia.

No se da, en consecuencia, motivo alguno para variar la decisión tomada en la primera instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, sin haber tenido oportunidad de conocer el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/ ADJUDICACION DEL CONTRATO-Criterios/**CONSEJO NACIO-NAL DE TELEVISION**- Facultades.

No dice en parte alguna la norma superior hipotéticamente transgredida por el acto demandado, que los presupuestos para la adjudicación, los criterios para conferirla, deban ser los mismos que se dedujeron en la evaluación previa a la inscripción en el registro de proponentes y, por ende, el Decreto 1266 de 1991 no modificó condiciones ni confirió al Consejo Nacional de Televisión facultades extrañas o contrarias al ordenamiento jurídico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente N^{O}. 1950. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: Mauricio Sarria Barragán.

Entra la Sala a decidir la demanda incoada por el actor de la referencia, quien con fundamento en lo dispuesto por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad parcial de un decreto gubernamental.

LA ACCION

El demandante implora que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª) Es nulo parcialmente el Decreto 1266 de 17 de mayo de 1991 dictado por el señor Presidente de la República y suscrito igualmente por el señor Ministro de Comunicaciones, por medio del cual se reglamenta la Ley 14 de 1991 y se dictan otras disposiciones, específicamente los numerales 1o. y 2o. del artículo segundo (2º.), cuyo texto es del siguiente tenor literal:

"1. Un setenta por ciento (70%) del puntaje de las propuestas para programación general, corresponderá a los aspectos evaluados en el "Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión" que lleva Inravisión; para las propuestas para la adjudicación de programas informativos- noticiero, dichos aspectos corresponderán a un treinta por ciento (30%) de su puntaje.

"Las proporciones en que se valoren los distintos aspectos evaluados en el registro serán determinados en el pliego de condiciones, según lo que se estime más adecuado para buscar la idoneidad de los concesionarios.

"2. La otra parte del puntaje corresponderá a la calidad y contenido de la propuesta. Este factor se obtendrá del promedio de las calificaciones que cada uno de los consejeros de televisión asigne a cada propuesta, y con base en los precisos factores objetivos que especifique el pliego de condiciones.

"2ª) La declaración anterior que anula parcialmente el Decreto 1266 de 1991, será comunicada al funcionario o funcionarios correspondientes del orden nacional".

LOS HECHOS en que se funda la demanda, se resumen en este proveído así:

1o. El Congreso de la República por medio de la Ley 14 de 29 de enero de 1991, dictó normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial y estableció todas las disposiciones relacionadas por la naturaleza jurídica, los fines y principios de la prestación del servicio de televisión de las Entidades Estatales prestatarias del mismo, los órganos de dirección y control, etc.

2o. Específicamente, el artículo 14 de dicha ley estableció las funciones del Consejo Nacional de Televisión, órgano de dirección del servicio público citado, así:

"b) Reglamentar las condiciones en que puedan utilizarse los espacios de televisión para los particulares mediante concesiones o en asociación con Inravisión, de conformidad con las leyes y los reglamentos superiores.

"c) Adjudicar los contratos de concesión de espacios de televisión por franjas de audiencia y clasificación de la programación de tal manera que quien sea concesionario de espacios en una cadena, no pueda serlo en la otra;

"h) Clasificar la programación, atendiendo, entre otros, el carácter y la modalidad de los programas;

"j) Reglamentar el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión, tomando en cuenta, cuando menos, los siguientes aspectos: La capacidad financiera, la capacidad técnica, la experiencia y el nivel profesional, la capacidad operativa y el cumplimiento de normas y disposiciones contractuales anteriores;

"k) Adoptar los pliegos de condiciones de las licitaciones para la concesión de espacios de televisión".

3o. Mediante el Decreto 1266 de 1991, el Presidente de la República reglamentó algunos aspectos de la Ley 14 de 1991, en especial lo relacionado con el trámite de la licitación pública para la concesión de espacios de televisión que realice el Instituto Nacional de Radio y Televisión "Inravisión". De manera arbitraria e ilegal se delega, en el artículo 2º. del Decreto Reglamentario, al Consejo Nacional de Televisión para la calificación del puntaje total de las ofertas que presenten los interesados en la concesión de espacios de televisión, sin precisar la manera como se realizaría la calificación. En otros términos, el puntaje total de las ofertas se establece de manera subjetiva por parte de cada uno de los miembros del Consejo Nacional de Televisión, circunstancia que no es compatible con los principios generales de la licitación y de la contratación públicas.

4o. Resulta peligroso, inequitativo e improcedente el mecanismo introducido por el Decreto 1266 de 1991 para la calificación de las ofertas o propuestas para la adjudicación y concesión de espacios de televisión, por cuanto que a los interesados se les pueden variar las reglas del juego en forma torticera y a voluntad y acomodo de los Miembros del Consejo Nacional de Televisión.

5o. No podía el ejecutivo otorgarle facultades que no le competen al Consejo Nacional de Televisión, por cuanto se están violando los principios reglados que debe presidir toda licitación pública a claras voces del Decreto

222 de 1983, lo que implica que se excedió en el marco general constitucional y legal de la potestad reglamentaria. En tal virtud deberá anularse parcialmente el Decreto 1266 de 1991.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala en su demanda como violadas las siguientes normas:

1. Ordinal b) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991.

2. Artículos 33, 44 y 45 del Decreto 222 de 1983.

Sobre la primera de las normas señaladas dice el actor, en esencia:

"Los apartes acusados del Decreto 1266 de 1991, infringen directamente a (sic) la Ley 14 de 1991 toda vez que la reglamentación a que se refiere el ordinal b) de su artículo 14 debe estar en conformidad con *las leyes y reglamentos superiores*, pero no podía excederse la potestad reglamentaria en el sentido de concederle la facultad absoluta al Consejo Nacional de Televisión de señalar y determinar sin pautas regladas la calificación de las ofertas por parte de los interesados en la concesión de espacios de televisión".

Después de citar varias jurisprudencias de esta Corporación, concluye diciendo que,

"Debe impedirse, y más tratándose de un servicio público tan especial como el de televisión, que sean terceros en forma subjetiva los que finalmente determinen las condiciones dentro de las cuales puede hacerse una licitación, lo que aparece patético en el presente caso, si se examinan con cuidado las disposiciones acusadas".

En cuanto a las normas del Decreto 222 de 1983, dice que,

"De igual manera se infringe el artículo 33 del Decreto 222 de 1983 que taxativamente señala los criterios para la adjudicación de los contratos administrativos. En efecto, al establecer el Decreto 1266 de 1991 en los apartes acusados la manera como debe adjudicarse por el Consejo Nacional de Televisión, no reglamentó las condiciones de conformidad con las leyes y reglamentos superiores, sino que los modificó al conferirle una facultad a dicho Consejo, totalmente extraña y contraria al ordenamiento jurídico.

"Por su parte los artículos 44 y 45 del Decreto 222 de 1983 contienen disposiciones generales en relación con el registro de proponentes,

especificándose en el inciso 8o. del artículo 45 que "la calificación y clasificación en el respectivo registro regirán para todas las propuestas que el inscrito presente.

"El Decreto Reglamentario No. 1266 de 1991, en los apartes acusados no podía facultar al Consejo Nacional de Televisión para que variara a su antojo el registro de empresas Concesionarias de Espacios de Televisión que continúa vigente a la fecha, a efectos de evaluar los puntajes de las ofertas que presenten los interesados en la concesión de espacios de Televisión".

LA INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

La Nación - Ministerio de Comunicaciones -, mediante apoderada judicial, al contestar la demanda, por fuera de los términos legales, refuta los hechos contenidos en ésta comenzando por afirmar que,

"El Consejo Nacional de Televisión, en ejercicio de la facultad legal conferida por el ordinal c) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991, adjudica los contratos de concesión de espacios de televisión y en su calidad de autoridad adjudicante le corresponde, previo concepto del Comité de Licitaciones creado para tal efecto, calificar las propuestas presentadas, tal como lo establece el pliego de condiciones adoptado por el mismo organismo, respetando, como ya se sabe, el procedimiento de evaluación y calificación de los criterios establecidos en dicho pliego".

Explica seguidamente lo establecido en el artículo 39 de la misma ley en cuanto al contrato de concesión de espacios de televisión mediante el procedimiento de la licitación pública contemplado en el régimen de contratación administrativa; se refiere luego, específicamente, a la parte demandada del Decreto Reglamentario 1266 de 1991, esto es, el artículo segundo en sus numerales 1º. y 2º. para responder que "no es cierto que "de manera arbitraria e ilegal" como lo afirma el demandante, el artículo 2º. del Decreto 1266 de 1991, hubiera delegado en el Consejo Nacional de Televisión la calificación del puntaje total de las ofertas presentadas en virtud de la licitación pública nacional 01 de 1991, toda vez que en el pliego de condiciones el Consejo Nacional de Televisión, tal como lo ordena el estatuto contractual vigente, determinó la forma como se ponderarían los factores del registro.

En su pretensión de que se desestimen las peticiones de la demanda, refuta también la apoderada del Ministerio de Comunicaciones las acusaciones que allí se hacen manifestando que,

"No es dable afirmar que el Decreto 1266 de 1991 facultó al Consejo Nacional de Televisión para hacer inoperante el registro de empresas concesionarias de televisión ni determinó como fundamento de la

adjudicación de la licitación de espacios criterios íntegramente subjetivos, como lo afirma el actor. Los puntajes obtenidos por los concesionarios en el registro correspondiente, que traducen la calificación otorgada por Inravisión a la capacidad administrativa, técnica, operativa, financiera y al cumplimiento, obtuvieron en el pliego de condiciones, numeral 2.2 del literal A del capítulo VI, la aplicación de un factor porcentual idéntico para todos los inscritos, determinado por el criterio de otorgar un mayor peso específico a la capacidad operativa, profesional y experiencia del proponente, para garantizar la idoneidad de los adjudicatarios, ello no significa, como lo afirma el actor, que cada uno de los miembros del Consejo determinará de manera subjetiva el puntaje total de la propuesta, pues el mismo, como se deduce de la parte pertinente del pliego transcrita, lo componen la suma del puntaje final obtenido del promedio de los puntajes individuales de cada consejero a la propuesta y el puntaje final obtenido del registro de empresas concesionarias de espacios de televisión, una vez aplicado el porcentaje de importancia relativa de cada factor determinado en el aparte del pliego preindicado".

La respondiente transcribe, en efecto, dentro del texto de su respuesta, la parte pertinente a los literales A y B del pliego de condiciones que el Consejo Nacional de Televisión adoptó para establecer los criterios de la evaluación y adjudicación, así como la metodología para evaluar las propuestas en la Licitación Pública Nacional No. 01 de 1991.

Concluye diciendo,

"El pliego de condiciones, ley de las partes en el proceso licitatorio, estipuló de manera estricta todos los requisitos que la ley establece en especial, lo relacionado con los criterios de evaluación y adjudicación y, como se puede observar de la lectura del capítulo VI del pliego de condiciones que se anexa como prueba, cada uno de los factores o aspectos objeto de calificación y ponderación, tiene un máximo puntaje asignado con base en el cual los consejeros deben decidir en el momento de proceder a la adjudicación de la licitación".

Corrido el traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, incluyendo a la señora Agente del Ministerio Público, demandante y demandado se hicieron presentes con sus memoriales que reafirman sus posiciones; no así la funcionaria del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mediante la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se está solicitando la declaratoria de nulidad del artículo 2º. del Decreto Reglamentario número 1266 del 17 de mayo de 1991.

El texto de la norma acusada es el siguiente:

"ARTICULO 2º.- Para efectos de la adjudicación, cada propuesta que reúna los requisitos mínimos señalados por la ley y el pliego de condiciones, será calificada con un puntaje total, que se obtendrá de la sumatoria de los (2) siguientes factores:

"1. Un setenta por ciento (70%) del puntaje de las propuestas para programación general, corresponderá a los aspectos evaluados en el "Registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión" que lleva Inravisión; para las propuestas para la adjudicación de programas informativos-noticiero, dichos aspectos corresponderán a un treinta (30%) de su puntaje.

"Las proporciones en que se valoren los distintos aspectos evaluados en el registro serán determinados en el pliego de condiciones, según lo que se estime más adecuado para buscar la idoneidad de los concesionarios.

"2. La otra parte del puntaje corresponderá a la calidad y contenido de la propuesta. Este factor se obtendrá del promedio de las calificaciones que cada uno de los consejeros de televisión asigne a cada propuesta y con base en los precisos factores objetivos que especifique el pliego de condiciones". (Folios 32-33).

Bajo el epígrafe correspondiente a las "normas violadas", se señalan en la demanda el ordinal b) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991 y los artículos 33, 44 y 45 del Decreto 222 de 1983. Al análisis de esa acusada violación se dispone entonces este proveído:

La primera de las normas supuestamente violadas, el ordinal b) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991, reza:

"ARTICULO 14. Funciones. El Consejo Nacional de Televisión tendrá las siguientes funciones:

"a) ...

"b) Reglamentar las condiciones en que puedan utilizarse los espacios de televisión por los particulares mediante concesiones o en asociación con Inravisión, de conformidad con las leyes y los reglamentos superiores".

El cargo principal de la demanda contra el artículo 2º. del Decreto demandado, es la delegación que en él se hace al Consejo Nacional de Televisión para calificar el puntaje total de las ofertas que se hagan para la concesión de espacios de televisión sin que se precise la manera de hacerlo,

dejando a la apreciación subjetiva de los miembros del Consejo el establecimiento del puntaje total de dichas ofertas.

Lo anterior, según la demanda, infringe la Ley 14 puesto que la reglamentación a que se refiere el ordinal b) del artículo 14, debe conformarse a *las leyes y reglamentos superiores* sin que se pueda exceder la potestad reglamentaria concediendo facultades absolutas al Consejo Nacional de Televisión de señalar la calificación de las ofertas sin existir pautas regladas al respecto.

En forma reiterativa el libelo demandatorio hace hincapié sobre la violación del susodicho artículo 14 de la Ley 14 por parte del acto demandado en cuanto a que dicha reglamentación - la de las condiciones para la utilización de los espacios de televisión -, debía estar en conformidad con las leyes y los reglamentos superiores, pero no hace el más mínimo señalamiento de cuáles son esas leyes y esos reglamentos superiores limitándose a transcribir, en forma por demás generosa, jurisprudencias de esta Corporación sobre la filosofía que debe orientar el régimen de los decretos reglamentarios y a afirmar que, en el acto demandado, hubo violación directa del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983, que demarca el estatuto contractual, al establecer las reglas que se deben tener en cuenta para la licitación pública, ordena en el numeral segundo que la entidad interesada elabore un pliego de condiciones que debe contener en forma expresa y completa, además de otros requisitos, "los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación" (lit. j.):

A esos criterios hace concreta referencia el artículo 3 del mismo Decreto-Ley cuando en el inciso segundo dice:

> "En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros, en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes".

Como bien se observa, el artículo 33 parcialmente transcrito, remite la evaluación a "los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente", pliego de condiciones que, para citar un ejemplo, consta en este expediente con un contenido de cuarenta y seis páginas, a partir del folio 38. En el capítulo correspondiente a "Evaluación de criterios", en forma específica se dice que cada uno de los Consejeros de Televisión, asignará a cada propuesta una

calificación de uno a cien puntos distribuidos en la manera que allí taxativamente se señala. Esta acotación la hace la Sala únicamente a manera de ejemplo, ya que la acción que se estudia no pretende la declaratoria de nulidad de licitación alguna ni de acto administrativo concreto, distinto al Decreto 1266 de 1991, como parecen darlo a entender algunas referencias de la señora apoderada de la parte demandada.

Es de colegirse entonces, por lo que se ha analizado, que no hay arbitrariedad ni ilegalidad en el artículo 2o. del Decreto 1266 de 1991, sino que su contexto está concebido dentro de los lineamientos de "las leyes y los reglamentos superiores". No se da, consecuentemente, la alegada violación del ordinal b) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991.

Se señalan en la demanda como igualmente violados, los artículos 33, 44 y 45 del Decreto 222 de 1983.

Al respecto, comienza el libelista la explicación de la violación que denuncia, citando el artículo 8º. numeral 4º. del Decreto 222 en el que se prescribe que no podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, "Quienes con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso, no estuvieren inscritos, calificados y clasificados en los correspondientes registros cuando el presente estatuto o los reglamentos así lo exijan". Relaciona los artículos 44 y 45 del mismo decreto, en cuanto contienen disposiciones generales en relación con el registro de proponentes, especificándose en el inciso 8º. del artículo 45 que "La calificación y clasificación en el respectivo registro regirán para todas las propuestas que el inscrito presente".

Hace mención, igualmente, de la Resolución No. 01 de 1989 en la que se dictan normas sobre calificación, clasificación e inscripción en el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión y afirma que el Decreto Reglamentario No. 1266 de 1991, no podía facultar al Consejo Nacional de Televisión para que variara a su antojo el registro de empresas concesionarias de esos espacios a efectos de evaluar los puntajes de sus ofertas.

El actor no hace referencia alguna de sustentación sobre la agresión que señala del artículo 44 del Decreto en mención, aún así, la Sala observa que dicho artículo, en el que se reglamenta el registro de proponentes, estipula entre otras cosas que "En los casos especiales que dispongan los respectivos reglamentos, no se podrá licitar, adjudicar o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro correspondiente" y que "La inscripción deberá hacerse con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato según el caso".

No se observa en los dos numerales del artículo demandado, ninguna disposición que contradiga lo estipulado en el artículo 44 del Decreto 222 de 1983. Nada en su texto puede interpretarse como política permisiva de licitación, adjudicación o celebración de contratos, que transgreda la obligatoriedad de la previa inscripción, calificación o clasificación, muy en particular, de la inscripción, como taxativamente lo ordena el inciso segundo de dicho artículo y como lo reglamenta la Resolución No. 01 de 1989.

Según lo anterior, dos son los momentos de la licitación pública a que hacen referencia las normas que se han venido mencionando: *El registro de proponentes* que, como lo dice el inciso segundo del artículo 44 ut supra transcrito, deberá hacerse con anterioridad a la apertura de la licitación; para la inscripción de dicho registro, deberá hacerse una previa calificación y clasificación, llamada también "evaluación" por el Decreto 222. De ahí la determinación del inciso final del mismo artículo 44: "Una vez hecha la evaluación correspondiente, se hará la inscripción en el registro de proponentes dentro de la clase o grupo y con la calificación que resulte de dicho estudio".

Esa calificación y clasificación, como lo anota el libelista demandante, regirán para todas las propuestas que el inscrito presente, según lo establece el inciso octavo del artículo 45, *ibídem*. Es decir, que no se exigirá una nueva inscripción en el registro de proponentes, a no ser que se hayan vencido los términos establecidos en el inciso cuarto del mismo artículo, o sea, la vigencia de los veinticuatro meses, transcurridos los cuales, "el interesado deberá presentar oportunamente los documentos que la respectiva entidad considere necesarios para conocer las calidades actuales del inscrito".

Esta calificación y clasificación (Evaluación) en nada se afecta por el Decreto 1266 de 1991, ya que éste en su artículo 2º., el acusado, trata de la calificación para efectos de la adjudicación la que, constituye un aspecto diferente dentro de la licitación.

El otro momento es la *adjudicación*.

El artículo 33 del Decreto patrón que se viene analizando, determina los "criterios para la adjudicación". El artículo en forma muy clara, precisa que para hacerla, deberá haber un previo estudio del caso y un análisis comparativo y que se hará "al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso".

Así también, exige la norma que en esta evaluación de las propuestas, se tengan en cuenta, además de los criterios de adjudicación de que habla el literal j) del artículo 30, numeral 2, *ibídem*, los cuales son tenidos en cuenta por el Decreto demandado en su artículo 1o., "LAS PONDERACIONES DE ESOS CRITERIOS CONFORME A LO ESTABLECIDO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES CORRESPONDIENTE, con fundamento, entre otros,

en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes" (Mayúsculas de la Sala).

No dice en parte alguna esta norma superior, hipotéticamente transgredida por el acto demandado, que los presupuestos para la adjudicación, los criterios para conferirla, deban ser los mismos que se dedujeron en la evaluación previa a la inscripción en el registro de proponentes y, por ende, el Decreto 1266 de 1991 no modificó condiciones ni confirió al Consejo Nacional de Televisión facultades extrañas o contrarias al ordenamiento jurídico como lo denuncia el demandante, ni tampoco "pasó por alto el precepto contenido en el ordinal b) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991 cuando advierte que el reglamento de las condiciones en que puedan utilizarse los espacios de televisión deberán estar conforme a las leyes y reglamentos superiores.

Corolario de lo hasta aquí discurrido, es la comprobación de que las normas de estirpe superior en cuya defensa fue instaurada la acción de simple nulidad, es decir, los artículos 14 de la Ley 14 de 1991 y, 33, 44 y 45 del Decreto 222 de 1983, no sufrieron agresión alguna por parte del acto demandado, y en consecuencia, no aparece violado tampoco, indirectamente el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional al comprobarse que el decreto cuestionado fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de "Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los Decretos, Resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes", en este caso concreto, de la Ley 14 de 1991.

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, sin haber tenido oportunidad de conocer un concepto del Ministerio Público,

FALLA:

DENIENGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase al actor el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, si no los hubo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/ INVERSION EXTRANJERA/ LEY ESPECIAL

Frente a la norma general que introdujo al país la denominada "apertura económica", con su lógica secuela de la libertad de la inversión extranjera en Colombia, en los términos de la Ley 9a de 1991 y de las normas del CONPES que la desarrollan en esta materia del servicio público de comunicaciones., mientras no se de un pronunciamiento expreso del Congreso de la República en contrario, o sea, el estatuto de telecomunicaciones contenido en la ley 72 de 1989, cuya observancia no se puede eludir mediante la expedición de un decreto reglamentario.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 5o. del Decreto Reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992.

EMPRESA/ SOCIEDAD COLOMBIANA/ SOCIEDAD EXTRANJERA/ SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES

Para el derecho público, y dentro de éste el derecho constitucional, la noción de empresa es mucho más amplia que la dada por el artículo 25 del C. de Co. y, por ello, es sinónima y, cobija a la de persona jurídica, moral, o colectiva, en cuanto esta ejerza actividades económicas o productivas. La disposición acusada asimila los términos "empresa" y "sociedad", y si se está en presencia de "empresas extranjeras" que no son persona jurídica, es decir, sociedad en cualquiera de sus formas, es claro que se trataría de personas naturales que, como tales y en razón de la misma norma contenida en el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, tampoco podrían participar en el proceso de contratación y prestación del servicio monopolizado por el Estado Colombiano.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : Doctor Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente Nº.2079 Acción de nulidad. Recurso de reposición contra la providencia por medio de la cual se decretó la suspensión provisional del acto acusado Actor : Oswaldo Hernández Ortiz.

Contra la providencia dictada por esta Sección con fecha veinticuatro (24) de julio del presente año, en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 5o. del Decreto Reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992, se han interpuesto los siguientes recursos de reposición, que ahora corresponde decidir:

1o. El interpuesto por el ciudadano CARLOS BERNARDO CARREÑO R., quien actúa como parte impugnante, en donde, en síntesis, se sostiene:

a) De conformidad con la ley (art. 469 del C. de Co.), son sociedades colombianas, a contrario sensu, las constituidas de acuerdo con la ley colombiana y que tienen su domicilio principal en Colombia, sin importar la nacionalidad de sus socios, personas naturales o jurídicas, que pueden ser nacionales o extranjeras.

b) La ley 9a. de 1991, la Decisión 291 del mismo año de la comisión del Acuerdo de Cartagena y las Resoluciones 49 y 51 del CONPES evidencian una nueva etapa y sobre todo una nueva mentalidad frente a la inversión extranjera, y como consecuencia de ello, la primera de las normas precitadas dispone que "la inversión extranjera en Colombia será tratada para todos los efectos de igual forma que la inversión de nacionales colombianos" y que las normas "no podrán conceder condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas extranjeros frente a los inversionistas nacionales" (art. 15). Por su parte los Acuerdos subregionales y las reglamentaciones del Gobierno Nacional sentaron el principio básico de que la inversión extranjera puede realizarse libremente y sin permisos especiales, salvo en aquellos casos expresamente prohibidos o en los que se sujeta a aprobación previa.

c) La inversión extranjera en telecomunicaciones, que es un monopolio del Estado, está permitida, en la medida que las disposiciones contenidas en el capítulo XIV, Título VIII del decreto Ley 222 de 1983 (arts, 181 y ss.), permite la celebración de contratos administrativos para ello y las resoluciones precitadas del CONPES, autorizan la inversión extranjera, en cualquier proporción, en todos los sectores de la economía.

d) Finalmente, se refiere a los argumentos expuestos por el accionante para fundamentar su solicitud de suspensión provisional, para tratar de demostrar que no existe oposición manifiesta entre el acto acusado y las disposiciones de la Ley 72 de 1989 y las del Código de Comercio.

2o. El interpuesto por el ciudadano y abogado JUAN CARLOS GOMEZ JARAMILLO, quien también actúa como interviniente impugnador de la acción, en donde, también en síntesis, sostiene:

a) A partir de la ley 9a. de 1991, se permitió la inversión extranjera en telecomunicaciones, posibilidad que, por lo demás, se ajusta a los preceptos de la nueva Constitución, pues el artículo 100 de la Carta la consagra como un derecho fundamental de los no nacionales, salvo las limitaciones que establezca la propia constitución o la ley.

b) Dicha ley, derogó de plano el artículo 2o. del decreto 1265 de 1989, que impedía la inversión extranjera en el sector de Telecomunicaciones en Colombia.

c) La Resolución No. 51 de 1991, expedida por el CONPES con base en las facultades de la Ley 9a. del mismo año. que constituye el Estatuto Unico sobre Inversiones Internacionales, reiterando el principio de la libre inversión extranjera, salvo razones de defensa y seguridad nacional, y las que se pretenda hacer en actividades de procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas y radioactivas.

d) La Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena define la inversión extranjera como los aportes provenientes del exterior de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa.

e) Los inversionistas extranjeros o las empresas extranjeras pueden constituir una sociedad colombiana, bien con un capital extranjero exclusivamente o con un capital extranjero o nacional, o hacerse partícipes de una sociedad colombiana ya existente, previo el cumplimiento de la autorización del Departamento de Planeación Nacional y de la reforma societaria a que haya lugar, y como tal la nueva sociedad creada o la existente a la cual accede la inversión extranjera, participar en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

f) No hay, entonces, contradicción entre la norma acusada y la Ley 72 de 1989, pues quien va a participar en la prestación del servicio es una sociedad colombiana, aun cuando con inversión extranjera, lo cual no está prohibido por dicha ley. Tampoco hay quebrantamiento de los artículos 469, 470 y 471 del C. de Co., pues la norma acusada no se refiere a la constitución de sucursales en el país por parte de empresas extranjeras.

g) Finalmente, advierte a la Sala que se está en presencia de un derecho fundamental, que de no ser garantizado mediante la revocatoria del proveído por el cual de decretó la suspensión provisional, conducirá a que las personas a quienes la decisión vulnere sus derechos, se vean avocados a hacer uso de la acción de tutela.

3o. El interpuesto por la apoderada especial de la Nación- Ministerio de Comunicaciones-, en donde, en síntesis, se sostiene:

a) No existe violación del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, por cuanto esta norma se refiere a la nacionalidad de las personas que pueden ser concesionarias del servicio de telecomunicaciones, mientras que el art, 5o. acusado se refiere a empresas extranjeras, término propio de la inversión extranjera. A estas empresas extranjeras el artículo 5o. del decreto 332 de 1992 les *indica* que deben constituir en Colombia, con arreglo a la ley colombiana, una sociedad. Esta sociedad, a la luz de la legislación y la doctrina, tendrá la nacionalidad colombiana, satisfaciéndose así lo exigido por el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, por lo que no puede haber violación de esta norma, como ya se dijo, por parte del acto acusado.

b) El art. 5o. acusado, acatando el principio legal, según el cual sólo personas colombianas pueden prestar servicios de telecomunicaciones, explica que las empresas extranjeras que deseen participar en el sector de la telefonía celular deben constituir en Colombia sociedades (personas jurídicas) de nacionalidad colombiana. La participación de las empresas extranjeras en el sector de las telecomunicaciones, y en particular en el de la telefonía celular, está autorizada por la Ley 9a. de 1991 y sus desarrollos reglamentarios, las resoluciones 51 y 53 del CONPES. Tales empresas extranjeras deben constituir en Colombia una sociedad con arreglo a la ley colombiana, la cual será, a la luz del Código de Comercio, una sociedad colombiana, pudiendo participar, por ende, en los procesos relacionados con la telefonía móvil celular, a la luz de lo dispuesto en el art. 5o. de la ley 72 de 1989.

c) El art. 5o. del decreto acusado se refiere a empresas extranjeras que deben constituir en Colombia una sociedad colombiana. Por tratarse de una sociedad colombiana, se rige por las reglas del Código de Comercio previstas por las sociedades colombianas. No le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 469, 470 y 471 del Código de Comercio, toda vez que las mismas son normas *específicas* que regulan la actividad de *sociedades extranjeras* en Colombia.

d) En el Código de Comercio "sociedad" y "empresa" tienen definiciones legales propias. Mientras que la primera acción se refiere a una persona *jurídica*, la segunda se refiere a una *actividad económica organizada*. El art. 5o. de la Ley 72 de 1989 establece una limitación, por razón de la nacionalidad, a *las personas* que pueden ser concesionarias de servicios de

telecomunicaciones, limitación que no es desconocida por el artículo demandado, toda vez que éste señala que las empresas extranjeras deben constituir en Colombia personas jurídicas colombianas, organizadas como sociedades colombianas especializadas en telecomunicaciones.

e) Finalmente, la expresa autorización de la inversión extranjera en el sector de las telecomunicaciones del país, permite suponer la derogatoria tácita del art. 5o. de la Ley 72 de 1989, en la parte que reserva las concesiones de los servicios de ese sector a las personas naturales o jurídicas colombianas.

Ante este fenómeno de tránsito legislativo, no puede encontrarse la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la demanda "por confrontación directa", toda vez que la norma invocada *puede estar derogada.*

Por todo ello no resulta procedente la suspensión provisional.

4o. El interpuesto por el apoderado especial de la Nación-Departamento Nacional de Planeación-, en donde se sostiene, en síntesis:

a) La norma acusada, en ningún caso, señala que las empresas extranjeras puedan participar en el proceso orientado a la selección de un concesionario, sino que lo que dispone es la posibilidad de que ellas se asocien con otras personas y creen *una nueva sociedad* en Colombia, es decir, una persona jurídica distinta de la empresa extranjera conforme a la legislación colombiana y que esta nueva sociedad es la que puede ser contratista del Estado para el servicio de telecomunicaciones, precisamente por ser colombiana, y no extranjera que, en los términos del art. 460 (sic) del C. de Co. es la constituida conforme a la ley de otro país y con domicilio en el exterior.

b) La nueva sociedad que se cree, según la composición de su capital podrá tener consecuencias para otros efectos, como los que podrían derivarse del régimen de la inversión extranjera en Colombia, por ejemplo; pero es colombiana por constituirse bajo la legislación del país y tener su domicilio en el mismo.

c) El art. 5o. acusado, no desarrolla la hipótesis de una sucursal de una sociedad extranjera, regulada por los artículos 470 y 471 del C. de Co., pues dicha norma no se refiere a una prolongación orgánica de la misma sociedad extranjera en el territorio colombiano (art. 261 del C. de Co.), sino a una sociedad diferente, de la cual es socia, conjuntamente con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, una sociedad extranjera.

Por tanto, no hay violación del art. 469 del C. de Co., ni del art. 5o. de la Ley 72 de 1989.

Todos los recurrentes persiguen, en consecuencia, la revocatoria de la medida precautelativa tomada por la Sección.

LA DECISION

Para decidir, *se considera*:

1. Como se ha visto, la argumentación presentada por los apoderados de la Nación-Ministerio de Comunicaciones y Departamento Nacional de Planeación- y los dos impugnadores se centra en los siguientes aspectos:

a) Por razón de lo dispuesto en la Ley 9a. de 1991 y los desarrollos que le ha dado a ella el Consejo Nacional de Política Económica, mediante las Resoluciones 49, 51 y 53 de 1991, la inversión extranjera está expresamente permitida, inclusive en el sector de las telecomunicaciones, debe ser "tratada por todos los efectos de igual forma que la inversión de nacionales colombianos", salvo razones de defensa y seguridad nacional, y las que se pretendan hacer en determinadas actividades, entre las cuales no se encuentra la relativa a telecomunicaciones. Ello está de acuerdo con el principio básico que sobre el particular sentaron los acuerdos del Pacto Andino, por lo demás.

b) Si se identifican las nociones "capital extranjero", "empresa extranjera" y "sociedad extranjera", como lo hace el actor, habría que concluir que tampoco existe violación del art. 5o.. de la Ley 72 de 1989, por cuanto ésta habría sido derogada por la Ley 9a. de 1991 sobre inversión extranjera.

c) Los extranjeros, por expresa disposición del artículo 100 de la Constitución Política, tienen el derecho, que califican de FUNDAMENTAL, de gozar de los mismos *derechos civiles* que se conceden a los nacionales por colombianos y sólo por razones de orden público la ley les puede denegar el ejercicio de ciertos derechos.

d) Los conceptos de "sociedad—persona jurídica" y "empresa extranjera" o simplemente "empresa", son distintos. Por tanto, las "empresas extranjeras" que no son personas jurídicas, pueden participar en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio de telecomunicaciones, bastándoles para ello constituir una sociedad especializada en comunicaciones, con arreglo a la ley colombiana, la cual tendrá, para todos los efectos legales, el carácter de sociedad colombiana.

e) El Código de Comercio opta por los criterios "constitución-domicilio" para efectos de definir cuándo una sociedad es extranjera, y, por tanto, a contrario sensu, si se constituye bajo el imperio de las normas colombianas y señala su domicilio en el país, obviamente es una persona jurídica o sociedad colombiana, que puede participar en el proceso de contratación dicho.

f) A las sociedades que se constituyan bajo el imperio de las leyes colombianas y tengan su domicilio en el país, por el hecho de ser sociedades colombianas, y no extranjeras, no se les aplica las disposiciones contenidas en los artículos 469, 470 y 471 del C. de Co.

2. En el mismo orden expuesto, la Sala analizará las argumentaciones de los distintos recurrentes, para ver si prospera o no el recurso interpuesto por ellos. Veamos:

a) La inversión extranjera está expresamente permitida, aún en el sector de servicio de telecomunicaciones.

La Sala considera que la ley 72 de 1989, en donde se encuentra contenida la disposición del artículo 5o. que la llevó, fundamentalmente, a decretar la medida precautelativa, es un estatuto propio que regula la organización y el funcionamiento de un servicio público, de aquellos a los cuales se refieren los artículos 150-23 y 365 de la Constitución Política, que debe ser aplicado e interpretado dentro de un contexto propio del derecho público, por razón de su especialidad, que, a diferencia de lo que aconteció en el pasado y a lo cual ahora se pretende volver mediante la privatización de las telecomunicaciones y en especial de la empresa estatal que fundamentalmente sirve o presta ese servicio público, propendió por la nacionalización de ese sector, ya sea sirviéndolo o prestándolo el Estado directamente a través de una entidad descentralizada o de sus entes territoriales, o, excepcionalmente, a través de personas naturales o jurídicas colombianas.

Por ello, piensa la sala que frente a la norma general que introdujo al país la denominada "apertura económica", con su lógica secuela de la libertad de la inversión extranjera en Colombia, en los términos de la Ley 9a. de 1991 y de las normas del CONPES que la desarrollan, en esta materia del servicio público de comunicaciones, mientras no se dé un pronunciamiento expreso del Congreso de la República en contrario, prevalece la norma expresa y especial, o sea, el estatuto de telecomunicaciones contenido en la ley 72 de 1989, cuya observancia no se puede eludir mediante la expedición de un decreto reglamentario como el acusado.

b) La identificación de los términos "capital extranjero", "empresa extranjera" y "sociedad extranjera".

Sentado lo anterior, es decir, la aplicación preferencial de una norma especial que regula la organización y funcionamiento de un servicio público que, por lo mismo, ha constituido, desde hace muchos años una actividad monopolizada por el Estado Colombiano, frente a la norma general que permite, dentro de cierta reglamentación y control, la inversión extranjera con los propósitos de "propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos", "Promover, fomentar y estipular el comercio exterior de bienes y

servicios, en particular las exportaciones", "Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer mecanismos de control y supervisión adecuados", "estimular la inversión de capitales del exterior en el país" que, como es lógico, se refiere a actividades distintas a los servicios públicos a cargo del Estado, salvo excepción expresa, "Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital", y, "Coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las demás políticas macroeconómicas", según lo predica el art. 2o de la Ley 9a. de 1991, es claro para la Sala que no juega papel alguno la identificación o no de los términos señalados, pues la prestación del servicio público de comunicaciones sólo puede hacerse por el Estado o por personas naturales o jurídicas colombianas, según la ley especial.

c) Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales colombianos, el cual, para los recurrentes, es un derecho fundamental.

Para la Sala ni la Ley 72 de 1989, ni la providencia recurrida, le desconoce a los extranjeros, como pretenden los recurrentes, *derechos civiles* que tienen o de los cuales gozan los nacionales, y de admitirse que constituye *derecho civil* de los extranjeros el participar, mediante el sistema de concesión, en la prestación de un servicio público monopolizado por el Estado Colombiano, nada de inconstitucional habría en la precitada ley, pues la misma norma constitucional contenida en el art. 100 de la Carta, es terminante en preceptuar que aquella podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros, así como limitar a los nacionales las garantías que se concedan.

d) Las personas extranjeras que no sean personas jurídicas pueden participar en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio de telecomunicaciones, con el solo requisito de constituir una sociedad bajo las leyes colombianas y con domicilio en el país, pues son diferentes las nociones "empresa" y "sociedad-persona jurídica".

La Sala, en este punto, comparte las apreciaciones del actor sobre que para el derecho público, y dentro de éste el derecho constitucional, la noción de *empresa* es mucho más amplia que la dada por el artículo 25 del C. de Co., y por ello, es sinónima y cobija a la de persona jurídica, moral o colectiva como también se le denomina ahora, en cuanto ésta ejerza actividades económicas o productivas, pues la empresa es un "ente complejo", al cual concurren empresarios, empleados, obreros, y bienes de diferente índole y procedencia, en orden a la obtención de unos beneficios particulares.

Así se deduce claramente del artículo 333, inciso cuarto, de la actual Constitución, y del informe-ponencia para primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde se dijo:

"FUNCION SOCIAL DE LA EMPRESA.

"Como antes se dijo, el constituyente de 1968 reconoció expresamente a la empresa como sinónimo y encarnación de la libertad económica.

"Para quienes ven en la empresa primordialmente un conjunto de bienes y servicios podría parecer innecesario atribuirle una función social, cuando este mismo reconocimiento se ha hecho ya de manera más general con relación al derecho de propiedad.

"En verdad, *la empresa*, como elemento vivo y fundamental de la economía moderna, es *una organización de personas y bienes* para el ejercicio de una actividad productiva con un riesgo que soporta el empresario. Como tal, es un *ente complejo* en el que convergen intereses públicos y privados, sujetos muy diversos (empresarios, empleados y obreros) y bienes de muy distinta naturaleza y régimen (inmuebles, muebles, corporales, incorporales, en propiedad, en posesión, o simple tenencia). Siendo esto así, es absolutamente inapropiado concebirla como una unidad patrimonial similar a muchas otras que por su naturaleza constituyen objeto de propiedad privada.

"Por tanto, resulta a todas luces conveniente reconocer la vasta significación social y política inherente *a la empresa* como principio fundamental para armonizar los derechos y deberes de los diversos sujetos cuyas energías integrarán una verdadera comunidad de trabajo, de innegable significación en la economía pero no menos en el devenir ordenado de los seres humanos..." (Gaceta Constitucional No. 80, 23 de mayo de 1991, pág. 20).

Pero, por lo demás, piensa la Sala, de una parte, que la misma disposición acusada asimila los términos "empresa" y "sociedad", y de otra, que si se está en presencia de "empresas extranjeras" que no son persona jurídica, es decir, sociedad en cualquiera de sus formas, es claro que se trataría de personas naturales que, como tales y en razón de la misma norma contenida en el art. 5o. de la ley 72 de 1989, tampoco podrían participar en el proceso de contratación y prestación del servicio monopolizado por el Estado colombiano.

e) Son colombianas las sociedades constituidas bajo el imperio de las normas de la República de Colombia, que constituyen su domicilio en el territorio nacional.

El Código de Comercio, como se ha observado, define a las sociedades extranjeras, pero no a las sociedades colombianas. En tales condiciones, considera la Sala, en este aspecto:

a) Que no se puede hacer una *definición* legal de la sociedad colombiana, apelando para ello a la definición, a contrario sensu, de la sociedad extranjera que haga la ley, concretamente el art. 469 del C. de Co., especialmente si se tiene en cuenta que el desarrollo de actividades permanentes de las sociedades extranjeras en Colombia, está sujeto a toda una reglamentación legal contenida en los artículos 469 a 497 del C. de Co. y otras disposiciones concordantes, que no contempla por parte alguna el cumplimiento de su objeto social permanente en Colombia, mediante mecanismos diferentes como, por ejemplo, la constitución de otra sociedad en el país, con exclusivo aporte o capital de la sociedad extranjera, o mediante el mecanismo de constituir una sociedad con otras personas, naturales o jurídicas, colombianas, sino mediante la constitución de sucursales, y, para ello el legislador nacional podría hacer una definición que contemplara aspectos diferentes.

b) Que la *definición legal* -que según la apoderada de la Nación, Ministerio de Comunicaciones, es a la cual hay que atenerse, y en lo cual difiere de otros de los recurrentes- de empresa o sociedad extranjera que han hecho las normas supranacionales contenidas en las decisiones de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en particular la Decisión 291 que rige actualmente, y que, sin lugar a duda, tiene fundamentalmente en cuenta para determinar si es extranjera, nacional o mixta, el quantum de la inversión, nacional o extranjera, y el hecho de que se refleje o no el porcentaje en la dirección técnica, financiera administrativa y comercial de la empresa, tampoco se puede considerar por el Juez para decidir esta contención, pues, como lo dice textualmente la misma Decisión 291, se trata de una normatividad que contiene el "Régimen común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, y, por lo mismo, no sirve para definir aspectos tales como el relativo a la posibilidad de que una sociedad o empresa extranjera, o sea, una persona jurídica, moral o colectiva, con o sin sucursal en el país, hasta estos momentos, pueda constituyéndose en Colombia como sociedad nacional -lo que se repite no parece ser viable- o participando con otros inversionistas, nacionales o extranjeros residentes o no en el país en la constitución de una nueva sociedad-persona jurídica, o accediendo, mediante la respectiva inversión, a una ya existente o constituida, sea concesionario de la Nación para la prestación del servicio, y con ello eludir la aplicación y cumplimiento de la norma legal, especial se repite, que reserva la posibilidad de la prestación de un servicio monopolizado por el Estado Colombiano a los nacionales del país, personas naturales o jurídicas.

Por esas consideraciones que responden, igualmente, el aspecto aplicación o no de las disposiciones contenidas en los artículos 469 a 471 del C. de Co., el recurso no está llamado a prosperar, y, en consecuencia, habrá de confirmarse la decisión recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMAR el numeral 2o. de la parte resolutiva de la providencia de 24 de julio de 1992, por medio de la cual esta Sección decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTIFICACION PERSONAL/ NOTIFICACION POR EDICTO/ CADUCIDAD/ DEMANDA-Admisión

La citación que para efectos de la notificación debe hacerse al interesado, implica para la administración la obligación de emplear y agotar todos los medios a su alcance con el fin de que la persona a quien pueda afectar la decisión comparezca al despacho a enterarse de ella. Y solamente cuando después de utilizados tales medios, se hace naturalmente imposible la notificación edicatal. En el sub-lite, el procedimiento utilizado por la administración para la notificación del auto que cerró el debate gubernativo pudo haber sido irregular, al no ajustarse al señalado en la ley, ni corresponder a los propósitos del acto notificatorio. Y si el acto administrativo resultara notificado en forma irregular, no podría empezar a contarse en el término de caducidad a partir de tal notificación, lo que hace entonces que aquella no aparezca clara y nítidamente estructurada como para rechazar en esta primera oportunidad y por tal motivo, la acción propuesta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº.2099. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: Jorge Eliécer Manrique Jiménez.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia contra el auto del 11 de junio de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera-, mediante el cual, por haberse operado el fenómeno de la caducidad de la acción, inadmitió la demanda presentada por el señor Jorge Eliécer Manrique Jiménez .

EL AUTO RECURRIDO

Para llegar a la caducidad el *a-quo*,

"...encuentra que el fallo proferido por el Comandante General de las Fuerzas Militares expedido el 20 de diciembre de 1991, fue notificado al actor por edicto fijado el 7 de enero de 1992 y desfijado el 13 de enero de 1992, según constancias visibles en el documento aportado a folio 54.

"Como el artículo 136 del C. C. A. establece que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro meses, contados a partir del día de la publicación, notificación, o ejecución del acto, la Sala concluye que cuando el actor presentó la demanda ante ésta Corporación el día 20 de mayo de 1992 dejó precluir el término para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que tal término debe contarse desde el día 14 de enero de 1992, y por ello se inadmitió la demanda".

EL RECURSO INTERPUESTO

El recurrente discrepa de las apreciaciones del Tribunal después de considerar que el fallo de segunda instancia emitido por el Comandante General de las Fuerzas Militares del 20 de diciembre de 1991, "no se notificó en la forma como lo establece la ley, es decir, agotando todos los medios necesarios para cubrir la notificación personal y a sabiendas de tener en su poder y el conocimiento pleno de residencia de mi poderdante como se hizo en el fallo de primera instancia que enviaron comunicación por escrito (TELEGRAMA)...".

Agrega el apelante que sólo aparece en el informativo constancia de haber llamado por teléfono, circunstancia respecto de la cual expresa sus dudas, las que según él deben resolverse a su favor.

Finalmente el actor plantea la imposibilidad de presentar la demanda dentro del término de caducidad, si en cuenta se tiene que la copia de los actos acusados, solicitadas desde el 8 de abril de 1992, debido a negligencia de la Administración, solamente fueron autenticadas el 12 de mayo, un día antes de que caducara la acción y entregadas al día siguiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para esta oportunidad el debate se circunscribe a determinar si la notificación del fallo de segunda instancia, proferido por el Comandante General de las Fuerzas Armadas el 20 de diciembre de 1991, se realizó conforme a la Ley.

El proceso de notificación del mencionado fallo se inició con una llamada telefónica, según constancia visible a folio 53 de las diligencias, que dice:

> "Se hace constar que en la fecha se llamó a los señores MY. JAVIER GUSTAVO PEDROZA MACHADO (Tel. 413-90-02), Ex-DE. JORGE ELIECER MANRIQUE JIMENEZ (Tel.. 2 28-73-89) y Ex-D3 LUIS CARLOS CORREDOR PULIDO (Tel. 2-98-16-45), para solicitar su presentación en el Comando de la Fuerza Aérea Departamento Jurídico, con el fin de notificarles personalmente el Fallo de Segunda Instancia proferido por el Comando General de las Fuerzas Militares el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991) dentro del Informativo Administrativo No. 281/89 CATAM. Teniendo en cuenta que los señores antes citados no se encontraban se dejó mensaje con las personas que contestaron las llamadas".

Como los llamados, entre otros el actor, no comparecieron personalmente a notificarse de la providencia, se fijó edicto correspondiente el 7 de enero de 1992 y se desfijó el 13 de los mismos mes y año.

El artículo 44 del C.C.A. después de disponer que las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, expresa que:

> "Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquel haya anotado, al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexara al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto".

La citación que para efectos de la notificación debe hacerse al interesado, implica para la administración la obligación de emplear y agotar todos los medios a su alcance con el fin de que la persona a quien pueda afectar la decisión comparezca al despacho a enterarse de ella. Y solamente cuando después de utilizados tales medios, se hace naturalmente imposible la notificación personal y de ello hay prueba, puede acudirse a la notificación edictal.

Le concede la Ley tal importancia a la notificación personal que ordena -si no hay otro medio más eficaz-, citar al interesado, mediante correo certificado a la dirección que aquél haya anotado al intervenir en la actuación o que pueda determinarse a través de algunos de los medios de información al alcance de la administración. En el caso de autos el citatorio por escrito era procedente, si en cuenta se tiene que aparte de que el encartado era empleado de la Institución, había registrado su número telefónico según se desprende de la constancia visible a folio 20 del informativo. A través del teléfono 22-73-89 podía haberse logrado sin mayor esfuerzo la dirección del domicilio para enviarle allí por correo certificado, la citación.

> "En efecto, es improcedente y aberrante, desde todo punto de vista jurídico, que cuando el peticionario o interesado en la actuación ha indicado, en el respectivo escrito o memorial con que se inició esa actuación, o en escrito posterior elevado especialmente para tal efecto, cuál es su domicilio para atender requerimientos y notificaciones, o ese domicilio se encuentre señalado en alguno de los medios de información, por ejemplo, el directorio telefónico, la administración pública, por medio del respectivo funcionario no lo cite al despacho, para enterarlo personalmente de la decisión que ha tomado, y acuda, por tanto, al procedimiento de la notificación por edicto o por publicación en el Diario Oficial o medio oficial destinado para tales efectos o en periódico de circulación amplia en el territorio en donde se ejerce la competencia administrativa, tanto más cuando se observa que en ocasiones la notificación por edicto no es correctamente efectuada, pues no se fija el edicto en lugar público, como debe serlo, o se fija por un menor número de días de los señalados en la ley, o el periódico oficial no sale a la luz pública en la fecha que él lleva y a partir de la cual se cuentan los términos para su ejecutoria y el ejercicio de los recursos gubernativos". (Miguel González Rodríguez. Derecho Procesal Administrativo Tomo I. Octava Edición. Págs. 54 y 55).

El procedimiento citado y comentado podría resultar el aplicable para el caso concreto, porque si bien es cierto el Decreto 791 de 1979 por el cual se aprueba el reglamento de Procesos Administrativos por pérdida o daños de los bienes destinados al servicio del Ramo de Defensa Nacional, dice en su artículo 1o. numerales 27 literal c) y 28 literal b) que el fallo se notificará personalmente al Fiscal y al acusado si estuvieren presentes, no se indica allí la manera de lograr la comparecencia de los interesados para recibir la notificación personal. No podría hablarse aquí con propiedad de que haya norma exactamente aplicable al caso en el procedimiento especial a que se ha hecho alusión.

Concluyendo se tiene que el procedimiento utilizado por la Administración para la notificación del auto que cerró el debate gubernativo

pudo haber sido irregular, al no ajustarse al señalado en la ley ni corresponder a los propósitos del acto notificatorio.

Y si el acto administrativo resultara notificado en forma irregular, no podría empezar a contarse el término de caducidad a partir de tal notificación, lo que hace entonces que aquélla no aparezca clara y nítidamente estructurada como para rechazar en esta primera oportunidad y por tal motivo, la acción propuesta en el caso que nos ocupa.

No puede pretenderse -ha dicho la jurisprudencia-, "que desde el momento mismo en que haya de resolverse sobre la admisibilidad de la demanda, debe estudiarse también si el plazo para ejercer la acción ha caducado o no, y abstenerse de darle curso si aparentemente la caducidad se ha producido, porque, esta última decisión equivaldría a definir el proceso desde antes de llegar a comenzar". (Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 20 de mayo de 1975).

Sobre el aspecto "cuando se decide la caducidad" el tratadista Dr. Carlos Betancur Jaramillo, dice en su obra "Derecho Procesal Administrativo", Tercera Edición 1992, página 124, lo siguiente:

> "Ha sostenido en forma reiterada el Consejo de Estado que la caducidad cuando aparezca clara, desde un principio deberá decretarse en el primer auto que se dicte dentro del proceso, por razones de economía procesal y de seriedad, ya que no tiene sentido que las partes se sometan a un debate costoso y de larga duración para terminar con una declaración de tal naturaleza.
>
> "Dada la trascendencia de la medida y las consecuencias que para los derechos en juego tiene la declaración de caducidad, el proveído que la acuerde deberá ser dictado por el Tribunal en aquellos asuntos que tengan otra instancia o por el ponente en los de única, para permitir la apelación en los primeros y la súplica en los segundos.
>
> "En cambio, cuando la caducidad no aparezca clara, bien porque se alegue falta de notificación o defectos en ésta o se discuta la fecha del acaecimiento de los hechos,u otra circunstancia similar, deberá tramitarse el proceso, para luego en la sentencia, mediante el análisis del acervo probatorio, definir en primer término si la acción fue ejercitada en tiempo o no. El fenómeno de la caducidad, que constituye así una excepción de fondo, podrá ser motivo de alegación de parte o de declaratoria oficiosa".

Por las razones expuestas, considera la Sala que debe revocarse la providencia apelada y disponer que el Tribunal proceda a la admisión de la demanda.

En virtud de lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado de fecha 11 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen a efecto de que proceda a la admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SOCIEDAD COMERCIAL/JUNTA DE SOCIOS/ ASAMBLEA DE ACCIONISTAS-Reuniones/**PODER ESPECIAL**

El artículo 184 del C. de Co., en cuanto al poder que todo asociado puede otorgar para hacerse representar en las reuniones de la Junta o Asamblea, tan sólo exige que debe ser conferido por escrito, indicando el nombre del apoderado, la persona en quien éste pueda sustituirlo y la fecha de la reunión para la cual se confiere, sin requerir autenticación de firmas ni hacer distinción alguna entre asociados, esto es, si se trata de personas naturales o jurídicas. DECLARA LA NULIDAD de la Circular Externa No. PD-003 de 29 de enero de 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades, en las siguientes partes: lo. Declárase la nulidad de la Circular Externa No. PD-003 de 29 de enero de 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades, en las siguientes partes: "...PODERES "....siempre y cuando el otorgante sea una persona natural, porque si es una persona jurídica deberá darse cumplimiento a la cadena de autenticaciones a que aluden los artículos 480 del C. de Co. y 259 del C. de P.C..." "...9.- SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES "De conformidad con el artículo 430 del C. de Co., las reuniones de la asamblea o juntas de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles." "10.- ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS...."siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más una de las cuotas en que se divida el capital social..."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor: Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente Número. 1467 Acción: Nulidad. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry

El ciudadano JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, obrando en su propio nombre, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad, para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I.- PETITUM

Que la Circular Externa No. PD-003 de 26 de Enero de 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades, es nula en las siguientes partes:

"...1.- CONVOCATORIA

...El conteo de los días de antelación de la convocatoria se inicia el día siguiente a la fecha en que ella se efectúe y va hasta la media noche del día anterior a la reunión, de modo que para establecer la antelación no se tendrán en cuenta ni el día de la convocatoria, ni el día de la sesión..."

"...3.- PODERES

..,Si el poder se otorga para una reunión específica, no es necesaria la autenticación de firmas, ni aún cuando haya sido conferido en el exterior, siempre y cuando el otorgante sea una persona natural, porque si es una persona jurídica deberá darse cumplimiento a la cadena de autenticaciones a que aluden los artículos 480 del Código de Comercio y 259 del Código de Procedimiento Civil..."

"4.- DERECHO DE VOZ Y VOTO.

"Pueden asistir a la reunión y ejercitar sus derechos de voz y voto los accionistas inscritos en el libro de registro de accionistas.."

"...6.- REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA

...no antes de diez días hábiles ni después de treinta días también hábiles contados desde la fecha fijada para la fallida reunión, *convocatoria que debe hacerse por el medio y con la misma antelación prevista para la primera citación"*

"En esta reunión, al igual que en las reuniones por derecho propio, podrá sesionarse válidamente con cualquier número de plural de asociados, *previsión legal ésta que es aplicable a todos los tipos societarios, en virtud de la norma general contenida en el artículo 186 del Código de Comercio;*..." (Las partes subrayadas son las que se dicen nulas.)

"...9.- SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES

"De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea o junta de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles."

"10.- ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS.

...Igual determinación, puede tomarse tratándose de sociedades limitadas, siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más una de las cuotas en que se divida el capital social, salvo que otra cosa se hubiere previsto en los Estatutos. (artículo 425 *ejusdem*)"

II.- LA CAUSA PETENDI

II.1.- LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante aduce la violación de los artículos 186, 424, 302, 366, 359, 426 y 829 numeral 2 del Código de Comercio.

Los cargos pueden resumirse así: (folios 5 a 11)

1o.- En relación con la convocatoria, a juicio de la Superintendencia, dentro del plazo previsto para la antelación "no se tendrán en cuenta ni el día de la convocatoria ni el día de la sesión.". Es decir, se excluyen tanto el día de la convocatoria como el día de la reunión.

Los artículos 186, 424 y 426 del Código de Comercio manifiestan que la convocatoria se efectuará en la forma prevista en los estatutos y en la ley, lo que significa que en los estatutos se puede disponer que dentro del término de la convocatoria se cuenten tanto el día de la convocatoria como el de la reunión, y, a falta de pacto estatutario, tampoco se puede contar el término en la forma prevista en la Circular, pues el artículo 829 numeral 2o. del Código de Comercio, excluye únicamente el día de la celebración del negocio jurídico, esto es, el de la convocatoria y, por esto no es lícito excluir del conteo el día en que se celebre la reunión, pues ésta no es equivalente al acto jurídico denominado "convocatoria".

2o.- Respecto del punto PODERES, se vulneró el artículo 184 del Código de Comercio, por cuanto está errada la Superintendencia de Sociedades al suponer que el artículo 184, en concordancia con los artículos 259 del Código de Procedimiento Civil y 480 del Código de Comercio, exige para las personas jurídicas un requisito adicional y diferente al poder otorgado por las personas naturales, ya que el artículo 184 expresa que el poder deberá ser otorgado por escrito, sin hacer diferencia entre personas naturales o jurídicas que los otorguen y por ello ese es el único requisito o formalidad exigible y no mediante documento autenticado, acreditando la cadena de autenticaciones.

3o.- En lo tocante al punto DERECHO DE VOZ Y VOTO, se quebrantaron los artículos 379, 411 y 412 del Código de Comercio, al establecer la Circular acusada, como principio general, que solamente los accionistas inscritos en el libro de registro, cuentan con derecho de voz y voto, ya que esto es desconocer situaciones especiales y las normas que lo consagran. Así, por ejemplo, en las sociedades por acciones el derecho de voz y voto no se radica en el accionista sino en la acción. Según los artículos 441 y 412 *ibídem* el derecho de voto y la posibilidad de deliberar en las reuniones puede cederse temporalmente en favor del usufructo o del acreedor, en su caso, aunque el accionista siga siendo otro, y, a lo anterior se suma el hecho de que en la actualidad se pueden emitir acciones con dividendo preferencial, sin derecho de voto (Ley 27 de 1990).

4o. En lo atinente al punto REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA, se vulneraron los artículos 186, 302, 366 y 359 del Código de Comercio, al suponer la Superintendencia de Sociedades que el artículo 429 ibídem, que consagra lo referente a las reuniones de segunda convocatoria, es aplicable a todo tipo de sociedades.

No se aplica el artículo 429 a las sociedades colectivas porque el artículo 302 tiene un régimen especial para ellas; el artículo 366 es especial para las sociedades en comanditas y el 359 lo es para las sociedades limitadas.

5o.- Al disponer la demandada que la segunda convocatoria deberá efectuarse "con la misma antelación prevista para la primera citación" viola los artículos 422, 429 y 186 del Código de Comercio dado que el artículo 429 dispone que la reunión de segunda convocatoria deberá efectuarse no antes de 10 días ni después de 30, contados desde la fecha fijada para la reunión fallida, es decir, consagra un término inmodificable para que tenga ocurrencia la reunión.

Conforme a lo reglado en los artículos 186 a 430 los estatutos pueden establecer la fecha de convocatoria, y por lo tanto, no es acertado establecer los mismos requisitos previstos para las reuniones corrientes, ya que el artículo 429 del Código de Comercio no impone un término especial de convocatoria.

6o.- En cuanto al punto SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES, se infringió el artículo 430 del Código de Comercio, al desconocer la Superintendencia de Sociedades la posibilidad que da la ley de que las deliberaciones se prolonguen por más de 3 días.

7o.- En lo que atañe al punto ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS se desconoció por parte del acto impugnado el artículo 425 del Código de Comercio, pues sea que se aplique esta norma por analogía o que se aplique por la remisión prevista en el artículo 372 ibídem, la conclusión será diferente a la adoptada por la Superintendencia de Sociedades, ya que si de aplicación analógica se trata, el intérprete no puede aplicar parcialmente el precepto, pues se supone, opera precisamente por la existencia de un vacío legal. Y si se trata de aplicación remisoria, la norma se aplica porque en el capítulo correspondiente a las sociedades limitadas nada se dice respecto a la posibilidad o no de ampliar el orden del día. Entonces, a la aplicación de las normas de las sociedades anónimas se llega es por exclusión o descarte, y por esto, para aplicar el artículo 425 se deberán revisar primero los estatutos. Si nada se regula allí se examinan las normas de las sociedades limitadas y como allí no se contempla el asunto del orden del día ya no por analogía ni opcionalmente sino por obligación, se aplica el mencionado precepto en su integridad y en la forma clara expresada, de lo cual resulta que si el artículo 425 habla del 75% de las acciones representadas, en las limitadas se aplicará tomando como base el 75% de las cuotas representadas, sin importar si dicha mayoría es superior o igual a la mitad más una de las cuotas en que se divide el capital. La Superintendencia de Sociedades confunde la posibilidad de ampliar el orden del día con el quórum ordinario decisorio consagrado en el artículo 359 del Código de Comercio y por esta razón, aunque para hacer uso de la facultad de ampliar el orden del día se toma en cuenta el 75% de las cuotas representadas en la reunión, las decisiones que recaigan sobre los nuevos puntos sí deberán tomarse teniendo en cuenta la mayoría absoluta de las cuotas en que se divide el capital social y no simplemente el 75% de las cuotas representadas.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del mismo se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, en la cual se accedió al decreto de suspensión provisional de los puntos referentes a suspensión y reanudación de reuniones y asambleas extraordinarias; fijación en lista, probatoria y alegaciones.

La entidad demandada -Superintendencia de Sociedades-, por medio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (folio 74 a 79), aduciendo que para efectos del conteo de los días para la convocatoria, no debe incluirse el día de la reunión porque de lo contrario se permitiría que no se diera la antelación mínima exigida y se

atentaría contra el principio contemplado en las distintas disposiciones legales que consagran plazos o términos como el artículo 829 del Código de Comercio, todo ello en beneficio de la tutela del interés jurídico del asociado.

Que en cuanto a los requisitos exigidos en los poderes para las sociedades extranjeras, son condiciones que deben verificarse para cualquier actuación en el país y para las reuniones de Asambleas o Juntas se deben seguir los mismos lineamientos, así el artículo 184 del Código de Comercio no los hubiere previsto expresamente.

En lo atinente al derecho de voz y voto, el hecho de que en este punto no se hayan mencionado los casos de excepción no ameritan la nulidad solicitada.

En lo relativo a las reuniones de segunda convocatoria, el artículo 186 del Código de Comercio, por estar ubicado en la parte general del libro segundo del Código de Comercio, resulta aplicable a todas las sociedades mercantiles, y, además en cuanto a la citación para las reuniones de segunda convocatoria, deberá seguirse la suerte exigida para la citación fallida, ya que al no prever el artículo 429 ninguna regulación debe acudirse al artículo 424 ibídem, según el cual "Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos..." no haciendo distinción de la clase de reunión de que se trate.

En lo que respecta a la suspensión y reanudación de las reuniones, el haberse omitido señalar en forma expresa que estando representada la totalidad de las acciones se pueden prolongar las deliberaciones por más de tres días, no está desconociendo la última posibilidad, además que la Circular sólo se refiere al evento del artículo 430 de que cuando no está representada la totalidad de las acciones suscritas sólo se permite la suspensión y reanudación de las deliberaciones dentro de un lapso de tres días.

Y, finalmente, en lo que atañe a asambleas extraordinarias, habrá cuando más una disparidad de criterio pero nunca la violación invocada.

Compareció al proceso la Cámara de Comercio de Bogotá, en calidad de coadyuvante de la demanda de nulidad presentada en cuanto al punto poderes y de impugnante de la misma en lo referente al inciso segundo del punto 6o. reuniones de segunda convocatoria.

En relación con el punto poderes argumenta que del texto del artículo 184 inciso 1o. del Código de Comercio, se observa que la norma no distingue si quien otorga el poder es una persona natural o jurídica y donde el legislador no distingue no le es permitido al intérprete distinguir.

Además, de una parte, no es aplicable el artículo 480 del Código de Comercio ya que la cadena de autenticaciones es para documentos necesarios

para establecer la sucursal en el país o cuando se reformen los estatutos de la casa principal o para el acto de apertura de dicha sucursal, y, de otra parte el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil no tiene aplicación en materia comercial al haber norma expresa como lo es el artículo 184 inciso 4o. del Código de Comercio.

En cuanto al inciso 2o. del punto sexto referente a reuniones de segunda convocatoria, para impugnar la demanda se fundamenta en que no sólo la sociedad puede sesionar sino decidir válidamente, pues lo legal es que para las decisiones que deben adoptarse por las Juntas de Socios o Asambleas de Accionistas, tanto en las reuniones ordinarias, como en las extraordinarias, en los diferentes entes societarios, tales decisiones se aprueben con la mayoría establecida en la ley mercantil para cada forma societaria.

Una situación diferente es la del quórum para sesionar y decidir en las reuniones llamadas especiales como las de: por derecho propio y de segunda convocatoria en las que se puede sesionar y decidir válidamente con un número plural de personas y en relación con este aspecto se puede afirmar que esto se aplica para las sociedades colectivas, limitadas y en comandita, salvo que en los estatutos se consagre otra cosa, y por ello es aplicable el artículo 429 del Código de Comercio, por mandato del artículo 186 *ibídem.* (folios 45 a 54).

Las partes alegaron de conclusión ratificando los puntos planteados en la demanda y contestación de la misma.

IV.- CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, estima que debe procederse a la anulación del acápite 9o. por cuanto el artículo 430 del Código de Comercio permite la prolongación de las deliberaciones por más de tres días y la Circular no contempla este evento; y del 10o., ya que debió aplicarse el artículo 425 ibídem sin introducir la mayoría del 51% a las cuotas en que se divide el capital social. Es partidaria que se denieguen las demás súplicas de la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1.- En cuanto al cargo que se le formula al acto acusado por haber establecido, para efectos de la convocatoria a las reuniones de las sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Sociedades, que en el conteo de los días de antelación a dicha convocatoria se excluirán el día de la convocatoria y el de la sesión y que con ello se viola el artículo 829 numeral 2o. del C. de Co., la Sala atendiendo el contenido de la norma citada, observa que si bien es cierto que en dicha disposición se prevé que "Cuando el plazo sea de días se excluirá el día en que el negocio jurídico se haya celebrado, salvo que de la intención expresa de las partes se desprenda otra cosa", no lo es menos que

en ella se regula la materia de LOS CONTRATOS Y OBLIGACIONES MERCANTILES, en donde el objeto de los mismos se traduce en una prestación consistente en dar, hacer o no hacer, resultado de las distintas modalidades de títulos valores previstos en la codificación comercial así como de la diversidad de contratos que ella misma contempla. Pero el hecho de que las sociedades comerciales desarrollen actividades de comercio, no implica que todos sus actos constituyan obligaciones y contratos mercantiles, como el caso de la convocatoria a una reunión de Junta de Socios o Asamblea de Accionistas, que per se no puede considerarse un negocio jurídico, y, por ello, el conteo del plazo de días estatuido en la norma que se cita como violada, sólo tiene operancia para la celebración de negocios jurídicos, en orden a determinar la fecha de exigibilidad de las obligaciones emanadas de ellos, más no para el evento *sub-exámine.*

Por esta razón, y además, por lo expresado en la providencia que resolvió sobre la suspensión provisional en el sentido de que el aumento del día de la reunión, lejos de constituir una limitación, da mayor oportunidad en la participación de las deliberaciones y decisiones que se hayan de adoptar, el cargo no está llamado a prosperar.

IV.2.- En lo relacionado con el cargo frente al inciso 2o. del aparte PODERES, que según el actor y la parte coadyuvante es violatorio del artículo 184 del C. de Co., por cuanto exige un requisito adicional (cadena de autenticaciones), cuando el poder se otorgue por una persona jurídica que se encuentra en el exterior, la Sala estima que es acertada tal censura. En efecto, la disposición contenida en el artículo 480 del C. de Co., forma parte del capítulo que regula a las sociedades extranjeras para lo concerniente a su constitución; requisitos que deben tenerse en cuenta para desarrollar actividades en Colombia, y concretamente, el artículo 480 gobierna lo relativo a los documentos que se otorguen en el extranjero por parte de dichas sociedades, para los cuales se exige la cadena de autenticaciones y la constancia de existencia de la sociedad y ejercicio del objeto conforme a las leyes del respectivo país. Pero, el artículo 184 ibídem (norma especial para las Asambleas y Junta de Socios o Administradores), en cuanto al poder que todo asociado puede otorgar para hacerse representar en las reuniones de Junta o Asamblea, tan sólo exige que debe ser conferido por escrito, indicando el nombre del apoderado, la persona en quien éste pueda sustituirlo y la fecha de la reunión para la cual se confiere, sin requerir autenticación de firmas ni hacer distinción alguna entre los asociados, esto es, si se trata de personas naturales o jurídicas.

De otra parte, existiendo norma expresa en el Código de Comercio (artículo 184), reguladora de los poderes para reuniones de Asambleas o Junta de Socios o Administradores, no es viable la remisión a las normas del ordenamiento procedimental civil. Por lo anterior, prospera el cargo endilgado frente al inciso 2o. del aparte PODERES, contenido en la Circular acusada,

a partir de la expresión "siempre y cuando el otorgante sea una persona natural" hasta el final del inciso.

IV.3.- Para el estudio del cargo relativo a DERECHO DE VOZ Y VOTO, por violación de los artículos 379, 411 y 412 del C. de Co., al establecer el acto impugnado que "pueden asistir a la reunión y ejercitar su derecho de voz y voto los accionistas inscritos en el libro de registro de accionistas", desconociendo situaciones especiales previstas en las normas citadas anteriormente, es preciso atender, en primer término, el contenido de las normas invocadas como violadas.

Prescribe el artículo 379:

"Cada acción conferirá a su propietario, los siguientes derechos:

1.- El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella..."

a.): En cuanto al artículo 379 del C. de Co., no se aprecia violación alguna, dado que esta norma consagra los derechos del propietario de una acción, entre ellos, el de participar en las deliberaciones de la asamblea general y el de votar en ella, aspecto este reconocido expresamente en el acto demandado. La exigencia de la inscripción en el registro de accionistas no vulnera los derechos del propietario de una acción que constituye un deber del mismo. Así, en el título III del C. de Co., se impone la obligación de inscribir en el Registro Mercantil los libros de registro de accionistas (artículo 28 numeral 7o.).

b.): En lo que respecta a la violación de los artículos 411 y 412 del C. de Co., tampoco asiste razón al actor, ya que para hablar de acreedor prendario o de usufructuario, se presupone la celebración de un negocio jurídico, a título oneroso, de las partes de interés, cuotas o acciones, que dio origen a la existencia de la prenda o del usufructo, actos estos mercantiles según lo dispuesto en el artículo 20 numeral 5o. ibídem, y que como tales para que produzcan efectos respecto de terceros han de registrarse.

IV.4.- Al analizar el cargo "REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA", por violación de los artículos 186, 302, 366 y 359 del C. de Co. se advierte que el actor, al expresar el concepto de la violación en relación con este punto, manifiesta que el artículo 429 del Código de Comercio no es aplicable a las sociedades colectivas ni a las sociedades en comanditas y limitadas ya que estas tienen un régimen especial y que al disponer la demandada que la segunda convocatoria deberá efectuarse "con la misma antelación prevista para la primera citación", viola los artículos 422, 429, 186 del C. de Co.-

Señala el aparte REUNIONES DE SEGUNDA CONVOCATORIA (folio 1 vuelto):

> "Cuando convocado el órgano rector en debida forma, éste no pudiere efectuar la reunión por falta de quórum, quien la convocó deberá citar a una nueva reunión la cual se realizará no antes de diez días hábiles ni después de treinta días también hábiles contados desde la fecha fijada para la fallida reunión, *convocatoria que debe hacerse por el medio y con la misma antelación prevista para la primera citación.*
>
> "En esta reunión, al igual que en las reuniones por derecho propio, podrá sesionarse válidamente con cualquier número plural de asociados, *previsión legal ésta que es aplicable a todos los tipos societarios, en virtud de la norma general contenida en el artículo 186 del C. de Co.*, tampoco pueden efectuarse en unas ni en otras, reformas estatutarias ni autorizarse la emisión de acciones privilegiadas, salvo que haya quórum y las decisiones se aprueben con la mayoría prevista en los estatutos o en la ley para esos efectos." (Las partes subrayadas son las que se dicen nulas).

En lo relativo a la "CONVOCATORIA" que debe hacerse por el medio y con la misma antelación prevista para la primera citación", no observa la Sala quebranto alguno de las normas invocadas por el actor. En efecto, el artículo 422 del C. de Co. impone la obligación a las sociedades de reunirse ordinariamente por lo menos una vez al año, en las fechas indicadas en los estatutos, y, en silencio de estos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio y, que en caso de que no haya convocatoria, deberán reunirse por derecho propio el primer día hábil del mes de Abril a las 10 a.m. en el domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad; el artículo 186 prevé la obligación de los socios de reunirse con sujeción a lo previsto en las leyes y en los estatutos; y el artículo 429 establece para la segunda convocatoria el número plural de personas que pueden sesionar y decidir válidamente, indicando que la nueva reunión no debe efectuarse antes de diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha de la primera reunión.

Del contenido de estas normas se infiere claramente que su finalidad no es otra distinta que la de que los diferentes entes societarios cumplan con la obligación de reunirse ordinariamente, a fin de que los socios se enteren del manejo que se le ha dado a la sociedad y que el ausentismo no impide adoptar las medidas necesarias tendientes al mejor desarrollo de las actividades que constituyen el objeto social. Por ello, la exigencia contenida en la Circular acusada en el punto en estudio, permite hacer expedita la intención del legislador en cuanto al aspecto analizado se refiere.

IV.5.- En lo tocante al cargo que se hace al punto 6o. que consagra que en las reuniones de segunda convocatoria, al igual que en las reuniones por derecho propio, podrá sesionarse válidamente con cualquier número plural de asociados, "previsión legal ésta que es aplicable a todos los tipos societarios en virtud de la norma general contenida en el artículo 186 del Código de Comercio", de ser violatorio de los artículos 186, 302, 366 y 359 del C. de Co., estima la Sala que el artículo 186 del C. de Co. es categórico al afirmar que "con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial", las reuniones se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429 ibídem.

La mayoría numérica, a falta de estipulación expresa en el contrato social, a la que se refiere el artículo 302 del C. de Co. para las sociedades colectivas , y, la mayoría absoluta, a la que hace referencia el artículo 359 ibídem para las sociedades de responsabilidad limitada, no constituyen una mayoría especial. Por ello, la previsión contenida en el punto en estudio se ajusta al mandato expreso del artículo 186, y en este sentido no asiste razón al actor en cuanto a la violación de los artículos 302 y 359 se refiere.

Teniendo en cuenta que el artículo 366 del C. de Co. no guarda relación con el tema la Sala se abstiene de pronunciarse frente al cargo que contra él se formula.

IV.6.- En lo atinente al cargo relativo a la "SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES", se observa que este punto fue objeto de análisis en la providencia de 29 de Julio de 1.991 (folios 65 a 71), confirmatoria del proveído de 27 de Septiembre de 1990, en que se decretó la suspensión provisional de dicha disposición, y, teniendo en cuenta que no se han desvirtuado los fundamentos que motivaron la aplicación de la medida precautoria, la Sala se remite a lo expresado en tal oportunidad:

> "...mientras la norma legal mercantil contempla dos términos de duración de las deliberaciones de la Asamblea: 'uno no mayor de tres días' cuando lo decida cualquier número plural de asistentes que representen el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones representadas en la reunión , y el otro, que 'puede prolongarse más de tres días' si están representadas en la reunión la totalidad de las acciones suscritas; el aparte 9-, por su parte, consagra solamente uno: La Asamblea o Junta de Socios pueden suspender y reanudar las reuniones cuantas veces sea necesario dentro de un lapso 'que no exceda de tres días hábiles.'
>
> "Como se acaba de ver el choque entre la norma legal y el aparte 9- es claro y lo estableció la Sala sin esfuerzo mental alguno. No constituye una simple omisión, como lo afirma el recurrente en su escrito de impugnación.

"Ahora, la circunstancia de que otra norma del Código de Comercio, el inciso 2o. del artículo 182, contemple la segunda modalidad prevista en el artículo 430, en manera alguna descarta la transgresión de éste...".

Por lo anterior, habrá de accederse a la nulidad invocada.

IV.7.- Igual acontece en relación con el cargo ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS, contenido en el aparte 100. de la Circular Externa número PD-003 de 26 de Enero de 1.990, que previene:

"En estas reuniones sólo puede tratarse los temas incluidos en el orden del día a menos que, una vez agotado éste, el 70% de las acciones o cuotas representadas en la reunión así lo determine. *Igual determinación puede tomarse tratándose de Sociedades Limitadas, siempre y cuando dicha mayoría sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social, salvo que otra cosa se hubiere previsto en los estatutos.* (artículo 425 *ejusdem*). (La parte subrayada es la que se dice nula).

Al estudiar la Sala este cargo, frente al artículo 425 del C. de Co., que se estimó como violado, pudo establecer que la discordancia de la norma impugnada con el artículo 425 del C. de Co. es ostensible ya que éste, que es aplicable a las sociedades limitadas, por mandato del artículo 372, establece que una vez agotado el orden del día en las Asambleas Extraordinarias podrán tratarse otros temas si así lo deciden el 70% de las acciones representadas, en tanto que el aparte 10 de la Circular contempla idéntica regulación en relación con las Asambleas extraordinarias de las sociedades anónimas, pero en lo concerniente a las sociedades limitadas reduce el quórum decisorio, pues subordina que se traten otros temas, una vez se ha agotado el orden del día, a que la decisión se adopte por una mayoría que "*no sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social, salvo que otra cosa se hubiera previsto en los estatutos.*"

De tal suerte que en lo que a la violación del artículo 425 se refiere, el aparte 10o. desconoció la preceptiva del artículo 425. Sin embargo, en lo que tiene que ver con la parte final que expresa "*salvo que otra cosa se hubiere previsto en los estatutos*", por ser estos ley para los asociados y poder establecer, para efectos de tratar otros temas, una vez agotado el orden del día un quórum decisorio diferente, no puede ser objeto de controversia frente a la disposición del artículo 425 del C. de Co., y, por esta razón procede la declaratoria de nulidad sólo en forma parcial.

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

FALLA :

1o.- Declárase la nulidad de la Circular Externa número PD-003 de 29 de Enero de 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades, en las siguientes partes:

"... PODERES

"...siempre y cuando el otorgante sea una personal natural, porque si es una persona jurídica deberá darse cumplimiento a la cadena de autenticaciones a que aluden los artículos 480 del Código de Comercio y 259 del Código de Procedimiento Civil..."

"...9.- SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES.

"De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea o junta de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles."

"10.- ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS.

... siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más una de las cuotas en que se divida el capital social...."

2o.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día diecisiete (17) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AUXILIOS-Improcedencia/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Si bien las asambleas departamentales tienen el carácter de corporaciones administrativas, ellas están igualmente cobijadas por la prohibición general establecida para todas las ramas u organismos del poder público, de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. A partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, todo acto, de cualquier corporación u organismo del Estado, o de cualquier autoridad pública que tienda a desconocer, directa o indirectamente, la prohibición establecida en su artículo 355, será contrario al mismo y, por tanto, correrá con las consecuencias que jurisdiccionalmente puedan deducirse de ello. Careciendo las tesorerías de personería jurídica ha de entenderse que el auxilio lo es con destino al municipio, el cual por ser persona jurídica de derecho público, no se encuentra cobijado por la prohibición que establece el artículo 355. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos jurídicos de las siguientes Ordenanzas expedidas por la Asamblea del Departamento del Tolima. a) Ordenanza mero 0038 de 24 de octubre de 1991. b) Ordenanza número 0043 de 29 de octubre de 1991. c) Ordenanza número 0045 de 29 de octubre de 1991. d) Ordenanza número 0057 de 14 de noviembre de 1991. e) Ordenanza número 107 de 27 de diciembre de 1991. f) Artículo 1o. de la Ordenanza número 0022 de 24 de octubre de 1991 en la parte que expresa "ROVIRA. Con destino a la JUNTA DE ACCION COMUNAL , Vereda EL CAUCAL, para el mejoramiento de la escuela $300.000.oo" g) Artículo 1o. de la Ordenanza número 0023 de 24 de octubre de 1991, en la parte que expresa: "IBAGUE: Numeral 49. Con destino a la CORPORACION RAFAEL PARGA CORTES, para electrificación rural (compra de materiales eléctricos e instalaciones

internas).....$2.000.000.oo" "IBAGUE: Numeral 5o. con destino a la CORPORACION RAFAEL PARGA CORTES, para obras públicas Programas de Autoconstrucción Vivienda Popular etc.....$2.000.000.oo".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2140. Actor: Félix Eduardo Martínez Ramírez

La sección Primera del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto admisorio de la demanda de 15 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto denegó la solicitud de suspensión provisional de las Ordenanzas números 0022, 0023, 0030 y 0038 de 24 de octubre, 0043 y 0045 de 29 de octubre, 0057 de 14 de noviembre y 107 de 27 de diciembre, todas ellas, de 1991, expedidas por la Asamblea del Departamento del Tolima, cuya nulidad total o parcial se solicita, en cuanto por ellas se modificó el destinatario y la destinación de unos auxilios concedidos mediante la Ordenanza No.106 de 20 de diciembre de 1990, y se ordenó su pago en favor de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que individualiza en su petición, y de los actos del Gobernador de dicho Departamento que impartieron sanción ejecutiva a las mencionadas Ordenanzas.

I.- LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En acápite especial de la demanda, la parte actora solicitó al Tribunal de origen se decretase la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados en ejercicio de la acción de nulidad, pues considera que ellos incurren en manifiesta violación del artículo 355, inciso primero, de la Constitución Política de 1991, que prohibe expresamente a las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, tal como efectivamente se hizo por parte de la Asamblea del Departamento del Tolima.

El actor considera, adicionalmente, que los actos cuya suspensión provisional solicita incurren en flagrante transgresión de los artículos 2o., inciso segundo, 6o., 40 y 123 de la Carta Política de 1991 (fls. 16 a 18 Cdno. No. 2).

II.- LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

El Tribunal del Tolima denegó la solicitud de suspensión provisional, fundamentándose para ello en el desconocimiento del texto de la Ordenanza No.106 de 20 de diciembre de 1990, modificada por los actos acusados, lo cual, expresa, no permite advertir la flagrante contradicción de los mismos con las normas invocadas en sustento de la medida (fls.25 a 28 Cdno. No. 2).

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso interpuesto, el recurrente considera que la medida solicitada debe prosperar, pues el sentido literal de los actos acusados permite concluir que mediante ellos se decretaron o concedieron auxilios en favor de personas de derecho privado, contraviniendo, de esta manera, el artículo 355 de la Carta Política.

Además, expresa que no es necesario el conocimiento de la Ordenanza No.106 de 20 de diciembre de 1990 "... tal como lo argumenta el Tribunal Administrativo del Tolima; en razón de que los actos administrativos atacados en el proceso de la referencia tienen suficiente autonomía jurídica, derivada del cumplimiento de los debates correspondientes y la sanción ejecutiva de que fueron objeto, en forma individual..." (fls. 29 y 30 Cdno. No.2).

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de precisar el asunto sobre el cual girará este análisis y la correspondiente decisión, la Sala considera necesario precisar que aun cuando la solicitud de la medida de suspensión provisional cobija, además de las Ordenanzas cuya declaratoria de nulidad total o parcial se pide, a "los actos administrativos, por medio de los cuales el señor Gobernador del Departamento del Tolima... impartió sanción Ejecutiva" a las mismas, esta última petición no es procedente, toda vez que estos últimos "actos" forman parte integrante de los primeros y constituyen con aquellos un todo indivisible, que impide su escindibilidad para cualquier efecto jurídico.

Ahora bien, de la lectura de las Ordenanzas total o parcialmente acusadas la Sala constata que, contrariamente a la razón fundamental que llevó al Tribunal de origen a adoptar la decisión apelada, ellas tienen como característica esencial el que, si bien introducen modificaciones a un acto de igual jerarquía, por lo cual podrían ser consideradas como parte integrante de aquél, su expedición aconteció con posterioridad a la vigencia de la nueva carta Política de 1991, a cuyas prescripciones debían sujetarse, por lo cual ellas pueden ser perfectamente catalogadas como autónomas para efecto del análisis de la alegada violación de las normas superiores invocadas en sustento de la medida precautelativa, sin que se requiera copia de la norma modificada.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Por la anotada razón, en la parte resolutiva de esta providencia, se revocará el auto apelado y habrá de procederse a realizar el análisis de la solicitud de suspensión provisional de las Ordenanzas acusadas.

Sostiene el actor, en primer término, que los actos enjuiciados, en cuanto en ellos se decretó el pago de auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, transgreden en forma manifiesta el artículo 355 de la Carta Política de 1991.

No obstante lo anterior, el actor incluye dentro de su solicitud de suspensión provisional la disposición contenida en el artículo 1o. de la Ordenanza No. 022 de 24 de octubre de 1991, en cuanto en ella se ordenó un auxilio por la suma de $300.000.oo en favor de la Tesorería del municipio de Rovira.

De la correspondiente confrontación de la citada norma constitucional con los actos sobre los cuales se solicita la medida, la Sala encuentra que, excepción hecha del acto expresamente referenciado en el párrafo que antecede, el cual se analizará más adelante, indiscutiblemente estos incurren en flagrante y ostensible violación de aquella por cuanto, si bien las Asambleas Departamentales tienen el carácter de corporaciones administrativas (art. 299 de la Constitución Política), ellas están igualmente cobijadas por la prohibición general establecida para todas las ramas u organismos del poder público, de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

En consecuencia, la Sala considera que en casos como el que se analiza, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, todo acto, de cualquier corporación u organismo del Estado, o de cualquier autoridad pública que tienda a desconocer, directa o indirectamente, la prohibición establecida en su artículo 355, será contrario al mismo y, por tanto, correrá con las consecuencias que jurisdiccionalmente puedan deducirse de ello.

En relación con la solicitud de suspensión provisional de la Ordenanza No. 022 de 24 de octubre de 1991, en cuanto allí se ordenó un auxilio en favor de la "Tesorería del Municipio de Rovira", la Sala considera que ella habrá de denegarse por cuanto, careciendo las tesorerías de personería jurídica, ha de entenderse que el mencionado auxilio lo es con destino a dicho Municipio, el cual, por ser persona jurídica de derecho público, no se encuentra cobijado por la prohibición que establece el artículo 355 de la Carta Política y, por lo mismo, el citado acto no contraviene las demás normas que en apoyo de su petición indica el actor como transgredidas.

Lo anterior es suficiente para que la Sala acceda a decretar, parcialmente, la suspensión provisional solicitada.

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

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el ordinal 2o. de la parte resolutiva de auto de 15 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional de las Ordenanzas acusadas y, en su lugar, se dispone:

2o.- DECRETASE la suspensión provisional de los efectos jurídicos de las siguientes Ordenanzas expedidas por la Asamblea del Departamento del Tolima:

a) Ordenanza número 0038 de 24 de octubre de 1991.

b) Ordenanza número 0043 de 29 de octubre de 1991.

c) Ordenanza número 0045 de 29 de octubre de 1991.

d) Ordenanza número 0057 de 14 de noviembre de 1991.

e) Ordenanza número 107 de 27 de diciembre de 1991.

f) Artículo 1o. de la Ordenanza número 0022 de 24 de octubre de 1991 en la parte que expresa:

"ROVIRA. Con destino a la JUNTA DE ACCION COMUNAL, Vereda EL CUCAL, para el mejoramiento de la escuela $300.000.oo".

g) Artículo 1o. de la Ordenanza número 0023 de 24 de octubre de 1991, en la parte que expresa :

"IBAGUE: Numeral 49. Con destino a la CORPORACION RAFAEL PARGA CORTES, para electrificación rural (compra de materiales eléctricos e instalaciones internas).....$2.000.000.oo.

"IBAGUE: Numeral 5o. Con destino a la CORPORACION RAFAEL PARGA CORTES, para obras públicas, Programas de Autoconstrucción Vivienda Popular etc. ...$2.000.000.oo".

3o. DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional del artículo 1o. de la Ordenanza número 0022 de 24 de octubre de 1991, en la parte que expresa : "ROVIRA. Con destino a la Tesorería Municipal, para la dotación y funcionamiento del colegio secundaria de RIOMANSO $ 300.000.oo pesos.

CUARTO: Con envio de copia, comuníquese esta decisión a los Señores Gobernador y Presidente de la Asamblea del Departamento del Tolima, previniéndolos respecto de la expresa prohibición que establece el artículo 158 del C.C.A. de reproducir en cualesquiera formas las normas suspendidas a través de otras de contenido idéntico, similar o equivalente.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

IMPUESTO AD VALOREM/ IMPORTACION DE VEHICULOS/ DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS - Facultades

La potestad de dar las "Instrucciones" contenidas en la Circular acusada, está radicada exclusivamente en cabeza del Director General de Aduanas, máxime si se tiene en cuenta que esta, a más de la pretensión de ilustrar a los Administradores de Aduanas del país con el estudio de la División de Valorización, configura un acto administrativo ordinario al adoptar reglas que contienen decisiones con efecto hacia terceros (los importadores) , en cuanto determina formas de constituir precios básicos para la aplicación de los gravámenes *ad valorem* en la importación de vehículos, modelo 1980, lo cual es del resorte del Administrador General de Aduanas. DECLARA LA NULIDAD de la Circular No. 798 de 6 de junio de 1990, expedida por el Subdirector Operativo de la Dirección General de Aduanas, en las siguientes partes: Párrafo Segundo: "Al respecto, sírvase tener en cuenta las siguientes instrucciones relativas a su aplicación, para cada uno de los grupos en que han sido clasificados: "Instrucción I. A. 1 Automóviles. Inciso 4o. : "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna BASE COST, incrementado en un 8, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación". "Instrucción I. A. 2 Vehículos semipesados, Inciso 5o. ; : "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna DIR COST, incrementado en un 8, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación ." "Instrucción I. B . Vehículos versión Americana, Inciso 3o. : "Tanto el precio básico

del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomando la columna "Dealer ", incrementando en un 8 , porcentaje promedio que aplica el distribuidor (Dealer) para obtener el precio de venta en los Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación", "Instrucción III. CONSIDERACIONES FINALES.

Nota 1. "Al final de cada lista, se dan algunas instrucciones sobre el contenido y forma de utilización de los datos allí consignados, a objeto de permitir un rápido, fácil e inequívoco manejo por los funcionarios encargados de su aplicación." " Instrucción III. Nota 4. Las listas remitidas con esta circular son para uso interno de esa Administración, por lo tanto los precios allí consignados se consideran estrictamente confidenciales y en consecuencia no deben ser reproducidos para particulares."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente Nº.1703. Acción de nulidad contra la circular No. 798 de 6 de junio de 1990, emanada de la subdirección operativa de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Actor: Fabio Ernesto Cruz Ruiz.

El abogado FABIO ERNESTO CRUZ RUIZ, en su condición de ciudadano y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I. PETITUM

PRIMERA: Que es nula la CIRCULAR No 798 de 6 de Junio de 1990, de la Subdirección Operativa de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto dispone en su párrafo segundo: "Al respecto, sírvase tener en cuenta las siguientes instrucciones relativas a su aplicación, para cada uno de los grupos en que han sido clasificados: ".

SEGUNDA : Que es nula la Circular No. 798 de 6 de Junio de 1990, en cuanto dispone: "Instrucción I. A . 1. Automóviles. Inciso 4o. : "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado

de la columna BASE COST, incrementado en un 8 %, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación. ".

TERCERA: Que es nula la Circular número 798 de 6 de Junio de 1990, en cuanto dispone : "Instrucción I.A. 2. Vehículos semipesados, Inciso 5o.: "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna DIR COST, incrementado en un 8%, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación. ".

CUARTA: Que es nula la Circular No. 798 de 6 de Junio de 1990, en cuanto dispone : "Instrucción I. B. Vehículos versión Americana, Inciso 3o.: "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna "Dealer", incrementado en un 8%, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (Dealer) para obtener el precio de venta en los Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación".

QUINTA: Que es nula la circular No. 798 de 6 de Junio de 1990, cuando dispone : "Instrucción III. CONSIDERACIONES FINALES. Nota 1. "Al final de cada lista , se dan algunas instrucciones sobre el contenido y forma de utilización de los datos allí consignados, a objeto de permitir un rápido, fácil e inequívoco manejo por los funcionarios encargados de su aplicación."

SEXTA: Que es nula la Circular No. 798 de 6 de Junio de 1990, en cuanto dispone : "Instrucción III. Nota 4. Las listas remitidas con esta Circular son para uso interno de esa Administración, por lo tanto los precios allí consignados se consideran estrictamente confidenciales y en consecuencia no deben ser reproducidos para particulares. ".

II. - LA CAUSA PETENDI.

II. 1.- HECHOS

Son en síntesis los siguientes:

1.- El actor señala que la Circular impugnada está dirigida a todos los Administradores de Aduana del país y destaca que con ella se remite "con carácter ilustrativo, copia del estudio elaborado por la División de Valoración sobre precios para vehículos modelo 1990. ", para que al respecto se sirvan "tener en cuenta las siguientes instrucciones relativas a su aplicación, para cada uno de los grupos que han sido clasificados. ".

2.- En los apartes de la Circular acusada se ordena fijar un precio básico a los vehículos sin que ello corresponda a la lista oficial de precios.

II. 2. - NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor que con las normas se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

Primer cargo: La Circular se apartó de los artículos 20, 21, 76 numeral 22 y 120 numeral 22 de la Constitución de 1886, al arrogarse funciones que sólo corresponden al Congreso Nacional o al Jefe de Estado, al legislar mediante Circular el tema de la Ley de Valor, ya que el Subdirector Operativo de la Dirección General de Aduanas al suscribirla impuso obligaciones a funcionarios de la misma entidad para fijar una base imponible o gravable conforme a fórmulas que no pertenecen a la lista oficial de precios de que trata el artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, modificado por el artículo 2o. del decreto 2230 de 1975, la cual debe darse mediante Resolución y previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Aduanera.

Segundo cargo: Señala el actor que mediante los artículos 2o. y 3o. del Decreto 2666 de 1984, la importación de mercancías, entre otras operaciones aduaneras, se someterá a las disposiciones de este Decreto y a las instrucciones que expida el Director General de Aduanas y que éste considere convenientes para su debida aplicación, función que no le competía, entonces, al subdirector Operativo.

Tercer cargo: La Circular es violatoria del artículo 210 de la Constitución Política ya que la Nación entrará a contar con unos ingresos que no podían ser tenidos en cuenta por las leyes del Presupuesto de Rentas y Apropiaciones.

Cuarto cargo: Se infringe con la Circular el artículo 136 del Código Penal ya que al contar la Nación con unos ingresos que no podrán ser tenidos en cuenta por las leyes de presupuesto, algunos funcionarios del Estado comprometerán sumas superiores a las fijadas en el Presupuesto, o las invertirán o utilizarán en forma no prevista en éste .

Quinto cargo: Violación de los artículos 235, 236, 237, 239 y 240 del Código de Régimen Municipal. Afirma el actor que la Circular cuestionada que remite "con carácter ilustrativo, copia del estudio elaborado por la División de Valoración sobre precios para vehículos modelo 1990", y ordena a continuación : "Al respecto, sírvase tener en cuenta las siguientes instrucciones relativas a su aplicación, para cada uno de los grupos que han sido clasificados", desconoce completamente el contenido de aquellos artículos.

Sexto cargo: Dice el demandante que existe quebranto del artículo 7o. del Decreto 2649 de 1988 ya que si el estudio de la División de Valoración tiene sólo fuerza ilustrativa no se podía ordenar cumplir, porque en qué queda el mandato legal relativo a que esos estudios deberán ser utilizados en proyectos de providencias sobre precios, las cuales se estructuran bajo la forma de Resolución y previo concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera, conforme a la previsión del artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, modificado por el artículo 2o. del Decreto 2666 de 1984, la importación de mercancías, entre otras operaciones aduaneras , se someterá a las disposiciones de este Decreto y a las instrucciones que expida el Director General de Aduanas y que éste considere convenientes para su debida aplicación , función que no le competía, entonces , al Subdirector Operativo.

Séptimo cargo: Existe quebranto de los artículos 4o., 5o., 6o., y 7o. del Decreto 2666 de 1984 porque la obligación de pagar los derechos de importación es personal, a cargo del declarante, importador, y a favor de la Nación, por lo mismo él es responsable de la veracidad y exactitud de los datos consignados en su declaración; y la obligación tributaria aduanera nace en la importación por la aceptación de la declaración de mercancías , si no se ha presentado infracción, y se extingue con el pago de lo debido. Además, los derechos de importación aplicables a la mercancía serán los vigentes a la presentación de la declaración.

Octavo cargo: Hay violación de los artículos 144 a 148 del Decreto 2666 de 1984 , ya que por una Circular de carácter general se han tachado de inexactas todas las facturas de los agentes distribuidores (Dealer) en los Estados Unidos, para aplicar no un valor oficial sino un promedio que no se sabe de donde se ha obtenido, desconociéndose además con este proceder que es la factura comercial la que da cuenta del precio y que es la Dirección General de Aduanas la que se encuentra autorizada por la ley para fijar una lista de precios mínimos, pero que en ningún momento la Subdirección Operativa está facultada para fijar precios máximos como base imponible o base gravable, para efectos de la liquidación de los derechos ad valorem, lo que tendrá incidencia aumentando otros factores, como impuesto sobre las ventas.

Noveno cargo: Se produce violación de los artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional, por cuanto la Circular establece un sistema privado de precios oficiales mínimos para la aplicación de los gravámenes *ad valorem*, el que no ha sido expedido mediante las fórmulas del Decreto 2011 de 1973.

Señala también el actor como violados los artículos 1o., 17 y 235 del Decreto 2666 de 1984, pero no explica en qué consiste su presunta violación.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en

lista y traslado para alegar de conclusión . No hubo etapa probatoria por cuanto las partes no solicitaron pruebas.

III.1.- La contestación de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de apoderada, se opone a las pretensiones del actor aduciendo que la Circular se ajusta a derecho toda vez que se fundamenta básicamente en los artículos 7o. y 8o. del Decreto 2649 de 1988, ordenamiento éste que determina la estructura y funciones de la Dirección General de Aduanas y del Fondo Rotatorio de Aduanas, pues, según dichas disposiciones, la Subdirección Operativa debe establecer y mantener actualizado un sistema de apoyo técnico a los funcionarios de la Dirección General de Aduanas para el desempeño de las funciones de clasificación, valoración y análisis de las mercancías , con el apoyo de la División de valoración, a la cual corresponde, entre otras funciones, estudiar y analizar las disposiciones relativas a la valoración aduanera y velar por su adecuado conocimiento y aplicación en las administraciones de Aduana.

Por otra parte, la circular lo que fija es el valor en aduana para establecer la base imponible.

La Circular , además, tiene carácter ilustrativo, pues tiende a facilitar el trabajo de los aforadores en beneficio de los importadores, al convertirse en un instrumento para agilizar los trámites. No se dan en ella órdenes ya que no es su objetivo dar información al público.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuèntra la Sala en el "Segundo cargo", donde se cuestiona la competencia del Subdirector Operativo de la Dirección General de Aduanas para expedir la Circular acusada, un motivo que, a la luz de las normas invocadas como infringidas, ha de desembocar indefectiblemente en la prosperidad de la censura.

Alega el actor que es nula la Circular 798 de 6 de Junio de 1990 en los aspectos puntualizados, al dar el Subdirector Operativo instrucciones a los Administradores de Aduana en lo atinente a la importación de vehículos , concretamente en la fijación de precios -FOB o CIF-, que son los determinantes de los derechos de aduana, multas, recargos, precios de los servicios prestados e impuesto a las ventas, en el acto de despacho para consumo o importación, porque ello es función adscrita al Director General de Aduanas, según lo dispuesto en los artículos 2o. y 3o. del Decreto 2666 de 1984. Estos preceptos son, en lo pertinente, del siguiente tenor:

"ARTICULO 2o.- Alcance del Decreto.

Salvo lo dispuesto en convenios Internacionales vigentes, la importación, exportación, tránsito y almacenamiento de mercancías se sujetarán a las disposiciones contenidas en este Decreto *y a las instrucciones que expida el Director General de Aduanas para su cumplimiento*. A unas y otras estará sujeto el tráfico internacional que se realice por territorio colombiano.

Están obligados al cumplimiento de las citadas disposiciones quienes introduzcan mercancías al territorio nacional o las extraigan del mismo,...". (las subrayas son de la Sala)

"ARTICULO 3o.- Instrucciones del Director General de Aduanas.

"El Director General de Aduanas *dictará las instrucciones que considere convenientes para la debida aplicación de este Decreto.* " (Las subrayas son de la Sala).

La competencia atribuida al Director General de Aduanas a través de las pretranscritas disposiciones resulta de una claridad meridiana. Por otra parte , ni en el referido Decreto ni en ninguno otro acto posterior aparece, como era de esperarse dada la índole de la función , delegada la mencionada atribución.

Los argumentos de la parte demandada, apoyados en los textos de los artículos 7o. y 8o. del Decreto 2649 de 1988, antes que desvirtuar las razones de orden legal aducidas por el accionante, las confirman. Basta la lectura de aquellas normas, las que se transcribirán más adelante, para apreciar sin dificultad que la potestad de dar las "instrucciones " contenidas en la Circular 798 de 1990 no está conferida al funcionario que la expidió. Ella está radicada, como atrás se anotó, exclusivamente en cabeza del Director General de Aduanas, conforme a los claros y perentorios textos de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 2666 de 1984, estatuto éste " por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera.".

Dicen , en efecto, aquellas disposiciones, en lo pertinente, lo siguiente:

"Artículo 7o.- Son funciones de la Subdirección Operativa:

a) Planear, dirigir, supervisar y evaluar las actividades técnicas y operativas en las áreas de valoración aduanera, clasificación arancelaria, laboratorio químico y regímenes aduaneros;

b) Establecer y mantener actualizado en sistema de apoyo técnico a los funcionarios de la Dirección General de Aduanas para el desempeño de las funciones de clasificación, valoración y análisis de las mercancías;

c) Resolver, en lo de su competencia, lo relacionado con la aplicación de regímenes aduaneros que requieran de su autorización previa de la Dirección General de Aduanas;

d)...

e) Presentar a consideración del director General proyectos de reglamentación de procedimientos para la aplicación de los regímenes aduaneros;...

"Artículo 8o.- Son funciones de la División de Valoración:

a) Planear, dirigir, supervisar y evaluar la aplicación de los procedimientos y técnicas relativos al valor de la aduana de las mercancías, con el propósito de una correcta determinación de la obligación tributaria aduanera;

b) Estudiar y analizar las disposiciones relativas a la valoración aduanera, apoyando a la Subdirección Operativa en esta materia, y velar por su adecuado conocimiento y aplicación en las Administraciones de Aduana y sus Divisiones de aforo;

c) Analizar sistemáticamente el comportamiento de las importaciones con el fin de establecer criterios selectivos para la investigación y estudio del valor en aduana de las mercancías.

d) Requerir a los importadores la información y documentos necesarios para efectuar las investigaciones y estudios sobre el valor en aduana de las mercancías;

e) Revisar los valores de las declaraciones aceptadas por las administraciones de aduana, y presentar las objeciones cuando sea el caso para que los administradores formulen las cuentas adicionales dentro del término legal previsto y se adopten la medidas correctivas necesarias;

f) Mantener actualizado un sistema de información de valor con base en los documentos que reposen en sus archivos , complementado con la información de revistas, periódicos, catálogos, cotizaciones y otros medios, y llevar un archivo clasificado de las materias resueltas;

g) Mantener información actualizada sobre normas internacionales de valoración , y

h) Elaborar los proyectos de providencias sobre fijación de precios cuando sea del caso.".

Estos textos, pues, descartan por completo que la Subdirección Operativa tenga la facultad, como lo pretende la demandada, de expedir las instrucciones que la Circular contiene, máxime si se tiene en cuenta que ésta a más de la pretensión de ilustrar a los Administradores de Aduana del país con el estudio de la División de Valoración, configura un acto administrativo ordinario al adoptar reglas que contienen decisiones con efecto hacia terceros (los importadores), en cuanto determina formas de constituir precios básicos para la aplicación de los gravámenes ad valorem en la importación de vehículos, modelo 1990, lo cual es del resorte del Administrador General de Aduanas, según se infiere de los términos del artículo 28 del Decreto 2011 de 1973, modificado por el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975, también estimado como infringido por el actor en el cargo sexto reseñado en este proveído.

En estas circunstancias, es innecesario avocar el examen de los demás cargos.

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

FALLA:

1o.- DECLARASE la nulidad de la Circular número 798 de 6 de Junio de 1990, expedida por el Subdirector Operativo de la Dirección General de Aduanas, en las siguientes partes:

Párrafo segundo:

"Al respecto, sírvase tener en cuenta las siguientes instrucciones relativas a su aplicación, para cada uno de los grupos en que han sido clasificados:"

"Instrucción I. A. 1. Automóviles. Inciso 4o. : "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna BASE COST, incrementado en un 8%, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación. ".

"Instrucción I. A. 2. Vehículos semipesados, Inciso 5o. : "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser

tomado de la columna DIR COST, incrementado en un 8%, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (dealer) para obtener el precio de venta en Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación.".

"Instrucción I.B. Vehículos versión Americana, Inciso 3o.: "Tanto el precio básico del vehículo como el de su equipo opcional, debe ser tomado de la columna "Dealer", incrementado en un 8%, porcentaje promedio que aplica el distribuidor (Dealer) para obtener el precio de venta en los Estados Unidos, sin impuestos internos, constituyendo el precio de exportación".

"Instrucción III. CONSIDERACIONES FINALES. Nota 1. "Al final de cada lista , se dan algunas instrucciones sobre el contenido y forma de utilización de los datos allí consignados, a objeto de permitir un rápido, fácil e inequívoco manejo por los funcionarios encargados de su aplicación."

"Instrucción III. Nota 4. Las listas remitidas con esta Circular son para uso interno de esa Administración, por lo tanto los precios allí consignados se consideran estrictamente confidenciales y en consecuencia no deben ser reproducidos para particulares.".

2o.- Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

3o.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día diecisiete (17) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SOCIEDAD COMERCIAL - Disolución / **SOCIEDAD COMERCIAL**- Liquidación / **SOCIEDAD COMERCIAL**- Fusión / **ASAMBLEA DE ACCIONISTAS**- Facultades

De acuerdo con el contenido de los artículos 220 y 459 del C. de Co., la expresión de la voluntad del órgano máximo de la sociedad de fusionarse, debió adoptarse en la reunión en que se puso en conocimiento de la Asamblea de Accionistas la situación financiera de la sociedad, como quiera que se trata de un correctivo tendiente a restablecer el patrimonio , pues al ser absorbida por una sociedad solvente, podía continuar desarrollando su objeto social o su actividad empresarial, garantizando a los socios y acreedores la plena satisfacción de sus derechos. Sin embargo , al optar por la disolución, que había podido evitar, pasó a la etapa liquidatoria, que le impide aspirar a la fusión. La Asamblea de Accionistas no podía prescindir del estado de liquidación en que se colocó, para solicitar la fusión por absorción, pues, conforme a los términos de los artículos 222 y 223 del C. de Co., estaba limitada su capacidad jurídica a los actos de liquidación únicamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1970 Acción. Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: Sociedad Ceat General de Colombia S.A. y Universal de Luz S.A.- En Liquidación-.

Las Sociedades CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A . y UNIVERSAL DE LUZ S.A. - EN LIQUIDACION-, a través de apoderada, presentaron demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I.- PETITUM.-

a.): Que son nulos los oficios números EX-CL29720 de 25 de Noviembre de 1991 y EX 31872 de 17 de Diciembre de 1991, por los cuales la Superintendencia de Sociedades negó la aprobación a la fusión por absorción entre CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A., en adelante CEAT, como absorbente , y UNIVERSAL DE LUZ S.A EN LIQUIDACION, en adelante UNILUZ, como absorbida.

2a.): Que, en consecuencia, se restablezca el derecho de CEAT y UNILUZ, violado al haberse negado la posibilidad de fusión de las dos compañías, siendo ella perfectamente viable desde el punto de vista jurídico.

3a.): Que se dé cumplimiento al fallo en la forma prevista en el artículo 179 del C.C.A.

II.- CAUSA PETENDI

LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Para fundamentar sus pretensiones, las demandantes afirman que se han violado los artículos 25 y 333 de la Constitución Nacional; 172, 220, 222, 223, y 250 del Código de Comercio (folios 100 a 108).

Los cargos pueden resumirse así:

Primer cargo:

Los oficios acusados contradicen flagrantemente lo expresado en el artículo 333 de la Constitución Nacional, pues la filosofía de la Carta , así como el espíritu general de la legislación, están encaminados hacia el principio de protección y fomento de la actividad empresarial, siempre que con ella no se viole él interés o el bienestar generales que en todo caso prevalecen.

Al hablar la Constitución de "empresa" no se refiere sólamente al conjunto de bienes corporales e incorporales destinados a la producción de bienes o

servicios, sino a la empresa en cuanto actividad económica organizada que cumple una función social. Pero la Superintendencia de Sociedades hizo una interpretación en forma rebuscada para encontrar el único camino que obstruía salvar una empresa, dándole a las normas jurídicas el alcance que el legislador no les dio, contradiciendo los principios rectores establecidos en la Carta, como el de la función social de la empresa y el de la obligación del Estado, vulnerándose así el artículo 25 ibídem, ya que se llevó a UNILUZ a la forzosa necesidad de despedir a los empleados, con lo cual el Estado no puede cumplir con su obligación de "dar protección especial al trabajo".

Segundo cargo:

La decisión plasmada en los oficios impugnados viola el artículo 172 del C. de Co. al confundir la Superintendencia de Sociedades el momento de la disolución de la sociedad y el de la liquidación de su patrimonio social, cuando manifiesta que no es posible celebrar la fusión entre CEAT y UNILUZ, pues una vez decretada la disolución , por motivo diferente a la intención previa de celebrar la fusión, no es posible llevar a cabo fusión distinta a la "impropia", según la interpretación que hizo de los artículos 172, 180, 222 y 250 del C. de Co.

La confusión en que incurre la Superintendencia de Sociedades consiste en referirse a la liquidación del patrimonio social como si se tratara de un momento, de un solo instante en el que la sociedad, de un momento al siguiente, se encuentra liquidada, olvidando que entre la disolución y la liquidación efectiva transcurre un período en el que la sociedad está disuelta pero sin liquidarse.

La ley por ninguna parte expresa que la disolución, pre-requisito para la fusión, tenga que provenir necesariamente de una intención previa de fusión y no pueda obedecer a ningún otro motivo.

Para los tratadistas Gabino Pinzón y José Ignacio Narvaez, la liquidación es todo un proceso de liberación de los activos y mientras haya créditos o acciones pendientes de pago en su integridad, no pueden entenderse liquidadas las situaciones jurídicas, ni puede hablarse de liquidación completa del patrimonio social. En el proceso liquidatorio deben pasar una serie de etapas, surtidas las cuales el patrimonio social está liquidado, y, en el caso de UNILUZ, tan solo ocurrió la declaratoria de disolución y lejos está la sociedad de poderse considerar liquidada, aunque si está en estado previo y "sin liquidarse", como lo exige el artículo 172 del C. de Co,. para la fusión.

Tercer cargo:

Se vulneró el artículo 222 del C. de Co., por cuanto los actos que la sociedad no puede celebrar son aquellos que le significan nuevas obligaciones que aumenten su pasivo, desmejoren la situación de los acreedores o el remanente destinado a los socios o accionistas, pero al considerar la Superintendencia de Sociedades que UNILUZ tan solo tenía capacidad para proceder a actos de liquidación confunde las limitaciones que impone la Ley a las actividades de la administración en desarrollo de su objeto social, cuando se halla en proceso liquidatorio, con la capacidad de la Asamblea de Accionistas, para , entre otros, adoptar eventuales remedios que conduzcan a la continuación de la actividad empresarial, y, en casos como el de UNILUZ, a la garantía de la satisfacción plena de los acreedores y accionistas. Asumir que por la disolución, la capacidad de la asamblea de accionistas se restringe , es desconocer la posibilidad del artículo 220 del C. de Co.

Cuarto cargo:

La Ley ofrece a la sociedad, en forma expresa, la posibilidad de celebrar una fusión impropia (arts. 180, 250 y 251 del C. de Co.), que es lo que la Superintendencia de Sociedades, en su oficio sugiere como posible, lo cual es inútil y alejado de toda realidad comercial.

La posibilidad consagrada en los artículos 180 y 250 ibídem, confirma que la intención del legislador al establecer los límites del artículo 222 del C. de Co. , lo que buscaba era proteger los derechos de los acreedores y accionistas, pero dejó abierta la puerta de la fusión impropia como un camino por el cual se podría salvar a la empresa social (no la sociedad misma), sin violación de los derechos de terceros. Pero ello no significa que sea la única posibilidad que permite la ley, pues la otra figura perfectamente viable es la de la fusión, por cuanto mantiene intactos los derechos de terceros acreedores y accionistas, y, en el caso de UNILUZ la absorción por una sociedad de gran solvencia económica como CEAT , asumiría la totalidad de su pasivo interno y externo, cumpliéndose con el mandato de la ley.

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 y alegaciones.

III.1.- LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES , por medio de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda adujo que la sociedad UNIVERSAL DE LUZ

S.A. se encuentra en proceso de liquidación, y, no es posible, en los términos del artículo 222 del C. de Co., realizar gestiones diferentes a la inmediata liquidación del patrimonio social, porque solo conserva capacidad jurídica para ello. Que además, dicha sociedad procedió a la declaratoria de disolución, no para fusionarse sino para liquidar su patrimonio, por estar incursa en la causal contenida en el artículo 457 ordinal 2o. del C. de Co. (folios 118 a 122).

III.2.- La actora alegó de conclusión ratificando los puntos planteados en la demanda.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme al artículo 458 del C. de Co., cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad, por debajo del 50% del capital suscrito, los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la Asamblea General para informarla completa y documentalmente de dicha situación.

En el evento *sub lite* , según consta en el acta No. 8 del 18 de Marzo de 1991, protocolizada en la Escritura Pública número 1045 de 4 de Abril de 1991 (folios 71 a 82), el Gerente de la sociedad UNIVERSAL DE LUZ S.A., informó a la asamblea de accionistas la precaria situación financiera de la Compañía.

El artículo 459 *ibídem*, que es norma especial para las sociedades anónimas , establece:

> "La asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados , la reducción del capital suscrito conforme a lo previsto en este Código, la emisión de nuevas acciones, etc. Si tales medidas no se adoptan, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que proceda a su liquidación.
>
> Estas medidas deberán adoptarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se queden consumadas las pérdidas indicadas."

Estatuye , por su parte , el inciso 2o. del artículo 220 del C. de Co., que es norma general aplicable a todas las sociedades comerciales:

> "No obstante, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida y observando las reglas prescritas para la reforma del contrato, siempre

que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal."

La Asamblea de Accionistas de la sociedad UNIVERSAL DE LUZ S.A., al enterarse de la situación financiera de la misma, resolvió:

"Declarar la disolución de la Compañía UNIVERSAL DE LA LUZ S.A - UNILUZ S.A.- por ocurrencia de la causal de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, contemplada en el numeral 2o. del artículo 457 del Código de Comercio..." (folio 80).

Significa lo anterior, que fue voluntad de la Asamblea de Accionistas, abstenerse de tomar u ordenar las medidas conducentes para restablecer el patrimonio por encima del 50% del capital suscrito, como lo prevén el inciso 1o. del artículo 459 e inciso 2o. del artículo 220 transcritos, procediendo a declarar la DISOLUCION DE LA SOCIEDAD.

Obrando en consecuencia , registró en la Cámara de Comercio de Bogotá el 12 de Abril de 1991 la Escritura Pública número 1045, contentiva de la declaratoria de disolución y el estado de liquidación la citada sociedad, en la que aparecen los nombres de los liquidadores designados y a la adición, al nombre de la sociedad, de la expresión "EN LIQUIDACION".

El punto central de la controversia se reduce a establecer si en las circunstancias estudiadas anteriormente, podía o no la Asamblea de Accionistas, aprobar y solicitar la fusión de la sociedad CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A., como absorbente y UNIVERSAL DE LUZ S.A., como absorbida, en los términos del artículo 172 del C. de Co.

Señala el artículo 172:

"Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otras o para crear una nueva..."

Estima la Sala que, de acuerdo con el contenido de los artículos 220 y 459 del C. de Co., la expresión de la voluntad del órgano máximo de la sociedad de fusionarse, debió adoptarse en la reunión en que se puso en conocimiento de la Asamblea de Accionistas la situación financiera de la sociedad UNIVERSAL DE LUZ S.A., como quiera que se trata de un correctivo tendiente a restablecer el patrimonio, pues al ser absorbida por una sociedad solvente, como afirman las actoras, podía continuar desarrollando su objeto social o su actividad empresarial, garantizando a los socios y acreedores la plena satisfacción de sus derechos . Sin embargo , al optar por la disolución, que había podido evitar pasó a la etapa liquidatoria, que le impide aspirar a la fusión, por las siguientes razones:

Preceptúa el artículo 222 del C. de Co.:

"Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquiera operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

"El nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse con la expresión "en liquidación".

Los encargados de realizarla responderán de los daños y perjuicios que se deriven de dicha omisión."

Consagra, por su parte, el artículo 223 del mismo Código:

"Disuelta la Sociedad, las determinaciones de la Junta de Socios o de la Asamblea, deberán tener relación directa con la liquidación..."

Conforme al artículo 238 del C. de Co., los actos atinentes a la liquidación son los tendientes a continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución; exigir cuentas de la gestión a los administradores anteriores o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad; cobrar créditos activos de la sociedad ; obtener la restitución de bienes sociales que estén en poder de asociados o de terceros; vender bienes sociales ; y liquidar y cancelar cuentas de terceros y de socios.

De lo anterior se infiere que, en estado de liquidación, la sociedad carece de capacidad jurídica para realizar actos distintos a los ya citados, y, por ello, la Asamblea de Accionistas no podía prescindir del estado de liquidación en que se colocó, para solicitar la fusión por absorción, pues, conforme a los términos de los artículos 222 y 223 transcritos, estaba limitada su capacidad jurídica a los actos de liquidación únicamente. Por estas razones los actos acusados se ajustaron a derecho y por lo mismo no hubo quebranto de los artículos 333 y 25 de la Constitución Nacional; 172, 220 y 223 del C. de Co.

Finalmente, en cuanto al artículo 250 del C. de Co. se refiere, tampoco se vislumbra la violación aducida, dado que esta disposición, que debe estudiarse en armonía con lo previsto en el artículo 251 *ibídem*, y que permite a los asociados prescindir de hacer la liquidación, sometiéndose a las disposiciones pertinentes sobre fusión y enajenación de establecimientos de comercio y que es una excepción a realizar actos diferentes a los liquidatorios, sólo es aplicable cuando la modalidad de fusión que se pretende es la de crear

una nueva sociedad - que no es el caso *sub-judice*- más no para la fusión por absorción - que sí lo es-.

En conclusión, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1o): Deniéganse las súplicas de la demanda incoada por las sociedades CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A. y UNIVERSAL DE LUZ S.A "EN LIQUIDACION".

2o.): Condénanse en costas a las sociedades demandantes. Tásense por la Secretaría.

3o): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección/ **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL**

El artículo 249 del C. de R. D. consagra un proceso especial, breve y sumario, de competencia de los Tribunales Administrativos, sujeto entre otras a las siguientes reglas: a) Que dos o más personas hubieran sido elegidas Contralores del Departamento para un mismo período. b) Que el Gobernador dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo anterior remita la documentación al Tribunal Administrativo. c) Que el Tribunal Administrativo declare con carácter definitivo cual de las elecciones se realizo con el lleno de las formalidades legales en un término de veinte días, durante el cual podrá ordenar o practicar pruebas de oficio. La decisión del Tribunal Administrativo en esta clase especial de proceso por su carácter definitivo es proferida en única instancia y no susceptible de recurso alguno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente N^{O}. 2022. Recurso de apelación contra el auto de 10 de Marzo de 1992, del Tribunal Administrativo del Huila. Actor: Gobernador del Departamento del Huila.

Improbada la ponencia presentada por el señor Consejero, doctor Yesid Rojas Serrano, procede a la Sala a pronunciarse en relación con el recurso de apelación interpuesto por el señor Gobernador del Departamento del Huila contra el auto de 10 de Marzo de 1.992, del Tribunal Administrativo del mismo Departamento, mediante el cual se declaró inhibido de pronunciarse sobre la legalidad de las elecciones como Contralor del Departamento del Huila del doctor Jaime Lozada Perdomo y la doctora Luz Marina Motta de Manrique.

Al recurso se le imprimió el trámite previsto en el artículo 213 del C.C.A., y surtido éste,

LA SALA CONSIDERA:

I.- El señor Gobernador del Departamento del Huila en escrito de 13 de Enero del presente año solicito al Tribunal Administrativo del Huila, con apoyo en el Decreto Ley 1222 de 1.986, declarara cual de las dos personas antes mencionadas está debidamente elegida y posesionada, con el lleno de las formalidades constitucionales y legales, para desempeñar el cargo de Contralor General del Departamento del Huila.

II.- La norma que sirvió de fundamento al señor Gobernador para formular su solicitud es el artículo 249 del Código de Régimen Departamental, que es del siguiente tenor:

> "*Si dos o más personas alegan haber sido designadas Contralores para un mismo período*, deberán presentar ante el Gobernador en un plazo de diez días contados a partir de la fecha de elección, las pruebas, documentos y razones en que fundan su pretensión.
>
> Dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior, *el Gobernador remitirá los documentos pertinentes al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que con carácter definitivo declare si la elección se realizó con el lleno de las formalidades prescritas en la ley. El Tribunal decidirá dentro del término de veinte (20) días*, durante el cual podrá ordenar y practicar pruebas de oficio. Cualquiera persona puede impugnar o defender la elección. *Contra ésta y por motivos distintos de los que fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, proceden las demás acciones judiciales que consagre la ley.*
>
> Mientras se realiza la posesión del Contralor válidamente elegido, al vencimiento del periodo del titular lo reemplazara el Contralor auxiliar o quien haga sus veces." (las subrayas son de la Sala).

El precepto legal transcrito consagra un proceso especial, breve y sumario, de competencia de los Tribunales Administrativos, sujeto a las siguientes reglas:

a): Que dos o más personas hubieren sido elegidas Contralores del Departamento para un mismo período.

b): Que los elegidos deben presentar ante el Gobernador en un plazo de diez días contados a partir de la fecha de la respectiva elección, las pruebas, documentos y razones en que la fundamentan.

c): Que el Gobernador dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo anterior remita la documentación al Tribunal Administrativo.

d): Que el Tribunal Administrativo declare con carácter definitivo cual de las elecciones se realizó con el lleno de las formalidades legales en un término de veinte días, durante el cual podrá ordenar o practicar pruebas de oficio.

e): Que la decisión del Tribunal Administrativo hace tránsito a cosa juzgada, dado que contra la elección proceden las demás acciones judiciales, pero "por motivos diferentes a los que fueron objeto de pronunciamiento" por parte de aquél.

De las reglas enunciadas se desprende que la decisión del Tribunal Administrativo en esta clase especial de proceso por su carácter definitivo es proferida en única instancia y no susceptible de recurso alguno. Esta consideración constituye razón potísima para rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el proveído del Tribunal Administrativo que se inhibió de pronunciarse sobre la legalidad de las elecciones de que se da cuenta al comienzo de estas consideraciones.

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

RESUELVE:

Se rechaza por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de Marzo del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día diecisiete (17) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,* Con Salvamento de Voto.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección (Salvamento de Voto).

El artículo 249 del C. de R.D. tiene aplicación siempre que dos o más personas se disputan el cargo de Contralor, y entre una elección y la otra haya transcurrido un tiempo tal, que permita que el primer elegido ya se encuentre desempeñando el cargo, cuando la Asamblea realice la segunda elección para reemplazarlo, sin que haya concluido su período. El suscrito no comparte la actitud inhibitoria del Tribunal basada en la simple circunstancia de que los Contralores no fueron elegidos para el mismo período y uno de ellos, el que ya estaba ejerciendo el cargo desde hacia un año, no reclamó su derecho dentro de los diez días contados a partir de la fecha de la elección.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR YESID ROJAS SERRANO EN RELACION CON EL AUTO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1992, PROFERIDO POR LA SECCION PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 2022 Recurso de Apelación. Actor: Gobernador del Departamento del Huila.

El actor de la referencia mediante apoderado interpone ante el Consejo de Estado, recurso de apelación contra "la decisión inhibitoria" proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 10 de marzo de 1992. El recurso

fue concedido con fundamento en el artículo 31 de la Constitución Nacional, por auto de 3 de abril del año en curso.

Todo empezó con la petición que el Gobernador formuló al Tribunal en los siguientes términos:

> "Declare cual de las dos personas que reclaman su legitimidad para desempeñar el cargo de Contralor General del Departamento del Huila está debidamente elegido y posesionado con el lleno de las formalidades previstas en la Constitución Política, y en la Ley para desempeñar las funciones del cargo para el cual fueron elegidos". (Fl. 4 C. 1).

Motivó la solicitud, según lo expresa el mismo Ejecutivo Departamental, la circunstancia siguiente:

> "La Asamblea Departamental del Huila en sesión ordinaria celebrada el 4 de octubre de 1990. eligió al doctor JAIME LOSADA PERDOMO, como Contralor General del Departamento del Huila, para el período comprendido del 1o. de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1992, y en la sesión ordinaria celebrada el 30 de noviembre de 1991, eligió a la doctora LUZ MARINA MOTTA DE MANRIQUE, como Contralor General del Departamento del Huila, con base en la Constitución Nacional para el período 1992 a 1994, cuya posesión e iniciación será la fecha que determine la ley reglamentaria".
>
> Consideró el Gobernador que en el caso "se dan los presupuestos fácticos y jurídicos del artículo 249 del Decreto 1222 de 1986, por cuanto las dos personas reclaman tener derecho a desempeñar el cargo en parte del mismo período para el cual fueron elegidos".

ANTECEDENTES.

1o. El 4 de octubre de 1990 la Asamblea Departamental del Huila eligió al Dr. Jaime Losada Perdomo como Contralor General del Departamento para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1992, cargo del cual tomó posesión el 29 de diciembre de 1990.

2o. El 30 de noviembre de 1991 la Asamblea Departamental del Huila con base en la nueva Constitución eligió a la Doctora Luz Marina Motta de Manrique como Contralor General del Departamento para el periodo 1992 a 1994. En el oficio mediante el cual la Secretaria General de la Duma le comunicó la designación (Folio 21 del cuaderno de antecedentes), se le dice:

"Su posesión e iniciación será la fecha que determine la ley reglamentaria".

Porque, haciendo un poco de historia, según las actas y documentos existentes al respecto, la voluntad unánime de la Asamblea, fue la de elegir a la doctora Motta de Manrique, condicionando su posesión y la iniciación de su período a la fecha "que determine la ley reglamentaria" del artículo 272 de la Constitución Nacional.

En acta No. 23 correspondiente a la sesión del 26 de noviembre de 1991, se aprobó la Proposición No. 3, por la cual se convoca a la Asamblea,

> "...para que en su sesión ordinaria del día sábado 30 de noviembre de 1991, a las 10:00 A.M. se proceda al acto de elección de Contralor General del Departamento del Huila y Contralor Auxiliar y Auditor Interno de acuerdo con la Constitución Nacional y que la Ley reglamente". (Folio 145 cuad. de antecedentes).

Según acta No. 027 correspondiente a la sesión del 30 de noviembre de 1991, el Diputado Ramón Falla Cuenca después de hacer algunas consideraciones sobre la viabilidad de elección de Contralor, expresó:

> "Por lo que es claro que postulo para Contralor General del Departamento del Huila a la Doctora LUZ MARINA MOTTA DE MANRIQUE para el período constitucional que se iniciará en la fecha que expresamente señale el legislador, y que dicho cargo será ejercido hasta dicha fecha por el Doctor JAIME LOSADA PERDOMO".

En esa misma oportunidad el Diputado JOSE JAIRO UREÑA HORTA, expresa su voto afirmativo para la postulación de la Doctora LUZ MARINA MOTTA DE MANRIQUE,

> "Aclarando que ésta elección se hará para el período 1992-1994 en acatamiento a la Constitución, efectuándose su posesión en la fecha que reglamente la ley" (folio 153 cuad. de antecedentes).

De acuerdo con dicha Acta, esto es, la correspondiente a la sesión del 30 de noviembre de 1991, los 12 Diputados que intervienen en la elección votaron a favor de la doctora Motta de Manrique y dieron su aprobación cuando el Presidente de la Corporación les preguntó:

> "...si declara la Honorable Asamblea Departamental elegida Contralora General del Departamento a la Doctora LUZ MARINA MOTTA DE MANRIQUE, para el período 1992-1994 cuya posesión e iniciación será la fecha que determine la ley reglamentaria". (Folio 153 cuaderno de antecedentes).

En fin, a la luz de lo certificado por la Secretaría General de la Asamblea, los 12 diputados consignaron en favor de la Doctora Motta el voto contenido en los siguientes términos,

VOTO

"CON BASE EN LA CONSTITUCION NACIONAL PARA LA CONTRALOR GENERAL PARA EL DEPARTAMENTO DEL HUILA, POR LA DOCTORA LUZ MARINA MOTTA DE MANRIQUE PARA EL PERIODO DE 1992-1994 CUYA POSESION E INICIACION SERA LA FECHA QUE DETERMINE LA LEY REGLAMENTARIA (Folio 181 cuaderno de antecedentes).

3o. En oficio de día 31 de diciembre de 1991, la Contralora, recientemente elegida, se dirigió a la Gobernadora señora Cecilia Lara de García, haciéndole saber de su designación, manifestándole la aceptación del cargo y remitiéndole la documentación con la cual acreditaba las calidades. (folio 1 de los antecedentes).

4o. Mediante escrito radicado en la Gobernación el 2 de enero de 1992 a las 11 y 46 A.M. la Doctora Motta de Manrique le solicita al Gobernador electo Dr. Julio Enrique Ortiz Cuenca, que una vez asuma la investidura se sirva darle posesión como Contralora General del Departamento, previo señalamiento de la hora y lugar para el efecto.

5o. Por su parte el Contralor Dr. Jaime Losada Perdomo quien venía ejerciendo el cargo, en memorial del 2 de Enero de 1992, radicado en la Gobernación a las 4:03 P.M. le solicita al Dr. Ortiz Cuenca, se abstenga de dar posesión a la Doctora Motta de Manrique porque su período no ha terminado y porque la elección de la nueva Contralora se encuentra sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva según la cual la iniciación de su período y su consecuente posesión será en la fecha que determine la ley que reglamente el artículo 272 de la C.N.

6o. El Dr. Julio Enrique Ortiz, tomó posesión del cargo de Gobernador del Departamento del Huila el 2 de Enero de 1992, a las 5:30 de la tarde según acta de posesión que obra al folio 10 del cuaderno número uno.

7o. En oficio fechado el 8 de enero de 1992, radicado en las oficinas de la Gobernación a las 5:44 P.M. del día siguiente la doctora Luz Marina Motta remite al Gobernador "y a título de NOTIFICACION OFICIAL" una copia de la ESCRITURA PUBLICA No. 10 del 8 de enero de 1992 otorgada ante la NOTARIA PRIMERA del Círculo de Neiva, mediante la cual se SOLEMNIZO EL ACTA DE POSESION del cargo como CONTRALORA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA, que asumió el 2 de Enero a las 5:30 P.M. de la tarde ante DOS TESTIGOS. Solicita en esta

oportunidad del señor Gobernador que como Jefe de la Administración Seccional y representante legal del Departamento del Huila, se sirva disponer lo conducente para que ella pueda ejercer las atribuciones que la Constitución Nacional le asigna en su artículo 268.

8o. El Gobernador del Departamento del Huila ese mismo día en oficio dirigido a la Doctora Motta de Manrique le acusa recibo de su comunicación y le expresa:

> "Al respecto quiero manifestarle que de conformidad con el artículo 248 del Decreto 1222 de 1986, Estatuto de Régimen Departamental, únicamente el Gobernador puede dar posesión al Contralor Departamental.
>
> "Igualmente le manifiesto que el día 3 de enero del presente año, después de mi posesión como Gobernador del Departamento que se realizó a las 5:30 de la tarde en acto que duró hasta las 8:00 de la noche, recibí su comunicación de fecha 2 de enero de 1992, mediante la cual solicita se le dé posesión del cargo de Contralor General para el cual fue nombrada por la Honorable Asamblea Departamental, 'con base en la Constitución Nacional, para el período 1992 a 1994' y cuya 'posesión e iniciación será la fecha que determine la ley reglamentaria', momento para el cual ya usted había tomado posesión del cargo en los términos de la referencia "Ante la situación de un Contralor en ejercicio y su pretensión de ejercer el mismo cargo, el Gobierno se atendrá a cuanto decida el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo"". (Folio 231 del cuaderno de antecedentes).

9o. Enviada al Tribunal Administrativo de Huila la documentación pertinente a la situación de los dos Contralores, los titulares de dicha Corporación se declararon impedidos para conocer del asunto por haber intervenido en la elaboración de la terna de donde salió la Contralora Motta de Manrique.

10o. Conformado el Tribunal con tres conjueces, éstos se declararon inhibidos para hacer la declaración solicitada por el señor Gobernador, después de considerar que para la viabilidad de la acción prevista en el artículo 249 del Decreto 1222 de 1986, se requiere que las personas designadas Contralor, lo hayan sido para un mismo período, y que las pruebas, documentos y razones en que se fundamentan sus pretensiones sean presentadas ante el Gobernador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la elección. (Fols. 29 a 32, cuad. 1).

11o. La señora Motta de Manrique ejerció la acción de tutela ante el Juez Municipal de Neiva (reparto), invocando su derecho a desempeñar el cargo en armonía con el derecho fundamental al trabajo. La tutela le fue

negada en primera instancia, pero la H. Corte Constitucional -Sala de Revisión No. 3-, en sentencia # T-03 del 11 de mayo de 1992, accedió a ella, después de considerar como violado el artículo 40, numeral 7 de la Constitución Nacional, esto es, el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, para lo cual, entre otras cosas puede acceder el desempeño de funciones y cargos públicos. Para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional parte del supuesto de que el Gobernador del Departamento se negó a darle posesión a la doctora Motta de Manrique como Contralor del Departamento y condicionó dicha posesión a la existencia de una norma legal reglamentaria de la Constitución.

Sin embargo, de los antecedentes a que se ha hecho referencia, concretamente de las comunicaciones que al Gobernador dirigió la Contralora Motta de Manrique, se deduce que el Ejecutivo Departamental en ningún momento se negó a darle posesión, ya que la comunicación que en tal sentido le dirigió al Gobernador Dr. Julio Enrique Ortiz, fue radicada en la Gobernación el 2 de enero de 1992 a las 11:46 A.M., cuando éste aún no había tomado posesión del cargo y como lo reconoce en la misma solicitud la señora Contralora, tenía apenas la calidad de Gobernador electo.

En el derecho colombiano se ha considerado que la persona designada para un cargo público adquiere la competencia para ejercer la totalidad de las funciones públicas que le corresponden, una vez se haya posesionado del cargo. En otras palabras, la figura del agente público nace como consecuencia de un acto plurilateral conformado por la elección, la aceptación y la posesión.

La misma H. Corte Constitucional al pronunciarse sobre la tutela interpuesta por la Dra. Motta de Manrique toca el tema, claro está aludiendo a la situación de la solicitante:

> "Mientras la persona no se ha posesionado, le ésta vedada cualquier actuación en desarrollo de las atribuciones y actividades que corresponden al cargo, de tal modo que, pese a su designación, carece del carácter de servidor público. Es la posesión, en tal sentido, un requisito sine qua non para iniciar el desempeño de la función pública, pues, según el artículo 122 de la Carta Política, "ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben"". (Folio 18 cuaderno No. 3).

Los mismos antecedentes impiden también afirmar que el Ejecutivo Departamental haya condicionado la posesión y la iniciación del período a la fecha que determine la ley reglamentaria, pues fue la Asamblea la que sometió a tales condiciones el ejercicio del cargo cuando hizo y comunicó la elección.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

En fallo de 10 de marzo de 1992 el Tribunal administrativo del Huila resolvió:

"INHIBIRSE para hacer la declaración demandada por el señor Gobernador del Departamento del Huila, en relación con la legalidad de la elección y posesión del doctor Jaime Lozada Perdomo, o de la Doctora Luz Marina Motta de Manrique, como Contralor o Contralora del Departamento, respectivamente".

Para tomar la determinación anterior, el Tribunal razonó así:

"1a. Cuando se eligió a la doctora Luz Marina Motta de Manrique el 30 de noviembre de 1991, hacía un (1) año, un (1) mes y veintiséis (26) días que se había elegido al doctor Lozada Perdomo, de modo que el termino hábil para incoar la acción de que trata el Articulo 249 del Decreto 1222 de 1986,con respecto a la elección de éste, había caducado.

"2a. Según el sentido y el alcance de la norma en cita, ha de entenderse que la elección de dos (o más) Contralores que aleguen tener cada cual la legitimidad para ejercer las funciones propias del cargo, debe ocurrir, si no en una misma fecha, por lo menos en fechas muy próximas que permitan a uno y otro pretender que por esa vía especial se declare legitimado el derecho que cada uno cree tener, ello dentro del término preclusivo y desde luego común de diez (10) días contados a partir de la respectiva elección.

"3a. Las designaciones que jurídicamente encuadran dentro de este evento, deben referirse a "un mismo período", situación ésta que tampoco se cumple aquí, pues mientras que uno de los pretensores alega que vence el 31 de diciembre de 1992, el otro reclama que el suyo se inicia (o se iniciaba) en enero pasado, con duración de tres (3) años, tanto como para concluir sin más reflexiones y razonamientos por innecesarios, que el debate planteado se ubica por fuera de las prescripciones del referido Artículo 249 del Decreto 1222 de 1986".

Al respecto, según criterio del suscrito, proceden las siguientes observaciones:

El artículo 249 del Código de Régimen Departamental, fundamento legal de la actuación del Gobernador dice en su primer inciso:

"Si dos o más personas alegan haber sido designadas Contralores para un mismo período, deberán presentar ante el Gobernador en un plazo

de diez días contados a partir de la fecha de la elección, las pruebas, documentos y razones en que fundan su pretensión".

Esta norma que hace parte del Decreto 1222 de 1986 se dictó para que tuviera operancia dentro de las circunstancias normales en que se desenvuelve la actividad administrativa y electoral en las entidades territoriales de nuestro país, las cuales suponen elección, nombramientos, y períodos fijos dentro de la regularidad y términos que ordenan las leyes correspondientes.

Dentro de esta perspectiva el artículo 249 del Código de Régimen Departamental tendría que interpretarse en el contexto de lo previsto en los artículos187-8 de la Constitución Nacional de 1886, 246 y 250 del Decreto 1222 de 1986, que dicen relación con la facultad que la Carta Política anterior atribuía a las Asambleas para nombrar Contralor, con el período de éste y con el derecho de no ser removidos antes del vencimiento de su período, salvo que sea en virtud de sentencia judicial o decisión de la Procuraduría General de la Nación.

Sin embargo la elección de la Contralora Motta de Manrique no se realizó dentro de la normalidad jurídica ni la normatividad a las que veníamos acostumbrados, sino en virtud del llamado revolcón institucional ocasionado con la reforma constitucional de 1991. Por ello, el tantas veces citado artículo 249 del Código de Régimen Departamental hay que aplicarlo e interpretarlo ahora, dentro del contexto de las nuevas circunstancias originadas en la Constitución de 1991, especialmente en su artículo 272, según el cual corresponde a las asambleas y concejos distritales y municipales elegir Contralor para período igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso, de ternas integradas con los candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es decir, en virtud de las nuevas normas, el artículo 249 tiene aplicación siempre que dos o más personas se disputen el cargo de Contralor, y entre una elección y la otra haya transcurrido un tiempo tal, que permita que el primer elegido ya se encuentre desempeñando el cargo, cuando la Asamblea realice la segunda elección para reemplazarlo, sin que haya concluido su período.

Por las razones anteriores el suscrito no comparte la actitud inhibitoria del Tribunal Administrativo del Huila, basada en la simple circunstancia de que los Contralores no fueron elegidos para el mismo período y uno de ellos, el que ya estaba ejerciendo el cargo desde hacía un año, no reclamó su derecho dentro de los diez días contados a partir de la fecha de la elección. El a-quo ha debido proferir la declaración solicitada por el Gobernador, máxime cuando ambos funcionarios alegaban su derecho para desempeñar el cargo en parte del período (un año) para el cual habían sido elegidos y cuando existía

imposibilidad física y jurídica para quien desempeñaba la Contraloría de aportar los documentos y las pruebas dentro del término señalado para las condiciones y presupuestos diferentes.

De otra parte, hay que tener en cuenta que el nombramiento de la Contralora Dra. Luz Marina Motta de Manrique estaba supeditado a una condición suspensiva, como expresión de la voluntad de la Asamblea, por lo que el Gobernador no podía en principio ignorarla porque, como parte integral del acto de elección se hallaba amparada por la presunción de legalidad propia de todos los actos administrativos. Se requería entonces un pronunciamiento judicial producto de la interpretación de la misma Carta que fue lo que pretendió el Ejecutivo cuando sometió a la jurisdicción contencioso administrativa de la situación jurídica de los dos Contralores.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

En lo que concierne a la procedencia del recurso, se observa en primer término que ante el Tribunal Administrativo intervino, en ejercicio del derecho de petición el señor Jorge Eliécer Quigua Ramírez, para solicitar a dicha Corporación "resolver la consulta referida a favor de la Doctora Luz Marina Motta de Manrique, con el fin de que ejerza el cargo de Contralora General del Departamento". (Folios 12 a 17 Cuad. 1).

Por su parte el Presidente de la Asamblea, señor Néstor Trujillo Trujillo y el Diputado Silvio Vásquez Villanueva, en oficio dirigido al Gobernador, toman parte en las diligencias en favor del Contralor Jaime Losada Perdomo, pues consideran que se le debe respetar el mandato otorgado por la Corporación para que ejerza la función fiscalizadora hasta el vencimiento de su período, o en su defecto hasta la fecha que determine la ley que reglamenta la iniciación del período de los Contralores Departamentales (Folios 229, cuaderno de antecedentes).

Las circunstancias anteriores llevan a suponer la existencia de pretensiones, de impugnaciones a éstas, de intereses encontrados. etc., que le dan a las diligencias un tinte de proceso si es que por éste se entiende todo litigio sometido al conocimiento y resolución de un Tribunal y a la providencia de la Corporación que ahora se impugna, el carácter de decisión judicial.

De otro lado, el señor Consejero Dr. Humberto Mora Osejo, en auto de 12 de mayo de 1992, dictado dentro de este proceso, le imprime carácter judicial a la impugnación cuando expresa:

> "De tal manera que se trata de un recurso de apelación de carácter judicial y, por lo mismo, la Sala Plena del Consejo de Estado no es competente para proveer sobre él, sino, según el artículo 1o., inciso 4o. del Acuerdo del Consejo de Estado No. 39 de 1990, la Sección Primera

de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta entidad". (Folio 43, cuad. No. 1).

Con base en la apreciación anterior el auto inhibitorio con el cual el Tribunal Administrativo del Huila termina el proceso, viene a ser apelable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 181-3 del C.C.A. y 351-7 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 267 de aquel.

Dice ahora la doctrina (Derecho Procesal Administrativo del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Tercera Edición, 1992, pág. 399), refiriéndose al artículo 181 del C.C.A., que:

> "Aunque la enumeración parece taxativa, no solo por su texto sino por la intención de la Comisión Asesora, debemos afirmar que es meramente enunciativa. Sería de la primera clase si no existieran vacíos que deban llenarse con el Código de Procedimiento Civil. Porque si el administrativo remite, bien por disposición expresa a este ordenamiento o por mandato implícito (art. 267), la institución así incorporada deberá tomarse en su integridad para evitar su escindibilidad...".

Dentro de este orden de ideas cabe también considerar que el texto del artículo 249 del Código de Régimen Departamental no se opone a la procedibilidad del recurso interpuesto ya que en el caso de autos el Tribunal no hizo ninguna declaración sobre la legalidad de la elección, sino que por el contrario se inhibió para hacerla. No puede entonces por esta razón hablarse de una declaración con carácter definitivo por parte del a-quo que pudiera impedir la alzada.

Finalmente, si respecto al doble grado de jurisdicción se llegara al terreno de la duda, tendría aplicación la jurisprudencia contenida en el auto de 12 de febrero de 1987, Exp. No. 4970, Consejero Ponente Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, la cual en lo pertinente dice:

> "Considera la Sala que cuando quiera que se presenten dudas respecto de si determinado proceso tiene dos instancias o si, por el contrario, es de una sola, el dubio ha de resolverse en favor del doble grado de jurisdicción, porque este es el principio general de nuestro sistema procesal, en tanto que la única instancia es la excepción, tal como lo reclama el adecuado entendimiento de la garantía constitucional del debido proceso y de la plenitud del derecho a la defensa que debe otorgarse a los administrados".

En los términos anteriores me permito disentir, con todo respeto, del criterio mayoritario de la Sala.

Atentamente,

Yesid Rojas Serrano, Consejero de Estado.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades/ **TOMA DE POSESION DE BIENES / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**- Facultades/ **DISTRIBUCION DE NEGOCIOS.**

Teniendo en cuenta que por expreso mandato constitucional el Presidente de la República está facultado para distribuir los negocios, el hecho de que antes el asunto que ocupa la atención de la Sala hubiese correspondido al conocimiento de la Superintendencia Bancaria, según los términos del artículo 1o. de la Ley 66 de 1968, y que actualmente por su naturaleza se adapte más a la competencia de la Superintendencia de Sociedades, no tiene incidencia alguna que le de a la norma demandada visos de inconstitucionalidad. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. y 5o. del Decreto 497 de 1987, la autoridad competente para adoptar la medida de la intervención lo es la Superintendencia de Sociedades. Medida de intervención no constituye confiscación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 1749. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resoluciones Nos. 9398 de 27 de Septiembre de 1989 y 03379 de 25 de Enero de 1991, expedidas por la Superintendencia de Sociedades, y Oficios Nos. 18944 de 28 de Septiembre de 1989 y 19604 de 4 de septiembre de 1990, emanados de la citada entidad. Actor: Luis Ortiz Nieto.

LUIS ORTIZ NIETO, a través de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de la referencia, por medio de los cuales se toma posesión de los negocios, bienes y haberes del demandante, ordenándose la inscripción de los embargos sobre los mismos, y, consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el levantamiento de las sanciones impuestas.

I.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

(fls. 48 a 63 cuaderno No. 1)

Señala el apoderado del actor como vulnerados, los artículos 16, 20, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1886; 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo; 1o. 2o., 3o., 4o. y 5o. del Decreto 497 de 1987; Decreto Ley 78 de 1987; Ley 66 de 1968; Ley 9a. de 1983 y artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Para fundamentar el concepto de la violación, expone, en síntesis, los siguientes argumentos:

1. Se violó el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto a través de los actos acusados se consideró al demandante como urbanizador ilegal, sin serlo, ya que no existe prueba que así lo acredite, afectando su patrimonio económico al separarlo de sus negocios, bienes y haberes, no obstante que se trata de una persona natural que estaba loteando terrenos adquiridos lícitamente y con permiso radicado ante la Alcaldía Distrital bajo el No. 998 de 6 de Enero de 1988.

2. Se quebrantó el artículo 20 *ibidem*, porque el actor no estaba condenado como infractor de la Constitución ni la Ley en el momento de proferirse los actos demandados, en tanto que la Superintendencia de Sociedades se extralimitó en sus funciones al interpretar el Decreto 497 de 1989, dado que la Ley 66 de 1968 le atribuyó la vigilancia e inspección de todas las personas naturales y jurídicas dedicadas a la urbanización, a la Superintendencia Bancaria, y, por ello, el Decreto 497 de 1987 no podía modificar dicha Ley, atribuyendo competencia sobre las personas naturales a la Superintendencia de Sociedades.

3. Se transgredió el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, ya que con una simple sospecha de unas informaciones no confirmadas ni ratificadas se dictaron las Resoluciones, fundamentándose en disposiciones inconstitucionales y derogadas, y además sin tener competencia sobre las personas naturales.

4. Se infringió el artículo 30 *ibídem*, toda vez que habiendo sido adquiridos los derechos del demandante con justo título, no podían ser intervenidos, ya que al momento de tomar posesión de los mismos no existía prueba alguna de que los hubiese adquirido ilícitamente.

5. Se violó el artículo 34 de la Constitución Nacional de 1886 por cuanto la intervención total de los negocios, bienes y haberes del demandante, constituyente una verdadera confiscación, la que se efectuó sin haber sido oído y vencido en juicio y sin la tramitación de un proceso.

6. Se quebrantó la Ley 66 de 1.968, dado que la Superintendencia de Sociedades interpretando el Decreto 497 de 1987, que es abiertamente inconstitucional e ilegal, por lo cual se solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, intervino a personas naturales, por que no existe prueba de que se trate de personas jurídicas, cuando la Ley 66 de 1968 en su artículo 1o. señala la inspección y vigilancia corresponde a la Superintendencia Bancaria, por lo que el citado Decreto no puede derogar dicho artículo 1o., so pretexto de distribuir negocios según sus afinidades entre los Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.

7. Se vulneró la Ley 9a. de 1989, capítulo V, artículos 44 a 62, que ordena legalizar las urbanizaciones, sin requisitos, para sanear la titulación, y obliga a la Superintendencia de Sociedades a reconocer los derechos de todos los adquirentes de lotes, entre ellos los de la urbanización intervenida.

8. Se violó el artículo 14 del C.C.A., al no haberse citado previamente a terceros determinados que estaban directamente interesados en las resultas de la decisión, como lo eran los copropietarios del globo de terreno sobre el cual se ordenó la intervención.

9. Se quebrantó el artículo 28 *ibídem*, porque de proferir la Resolución No. 9398 de 1989, la Superintendencia de Sociedades no comunicó la actuación administrativa iniciada de oficio a particulares que pudieran resultar afectados en forma directa con la existencia de la misma, como lo eran los adquirentes con promesa de compraventa de los lotes ofrecidos por el demandante.

10. Se transgredió el artículo 34 *ibídem*, al no notificarse ni al actor ni a los terceros que podían pedir pruebas y allegar información antes de proferirse la ilegal Resolución No. 9398 de 1989.

11. Se vulneró el artículo 35 del C.C.A., pues al no darse la oportunidad al demandante ni a los terceros interesados , para expresar sus opiniones y aportar pruebas, se tomó la decisión sin motivación.

12. Se violó el artículo 140 del C. de P.C., en sus numerales 1o. y 2o., dado que al momento de proferir el acto administrativo 09398 de 1.989, la

Superintendencia de Sociedades no tenía competencia para ello al ser trasladada ésta a la Alcaldía Mayor de Bogotá por el Decreto 078 de 1987.

II. ACTUACION

Mediante proveído de fecha 20 de Junio de 1991 (fls. 72 a 77 cuaderno No. 1), se admitió la demanda y se denegó el decreto de suspensión provisional, por no encontrarse *prima facie* el quebranto ostensible, lo que implica recurrir a disquisiciones profundas propias de la sentencia.

La Nación- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con base en que con la expedición de los actos acusados se está dando cumplimiento a los deberes del Estado; no hubo extralimitación de funciones ya que el Decreto 497 de 1987, que no tiene carácter reglamentario, le dio competencia a la Entidad para ejercer la inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad referida en la Ley 66 de 1968; se observó la plenitud de las formalidades propias de la toma de posesión que no vulnera la propiedad privada sino que limita su ejercicio en defensa de los intereses de terceros, y, por lo demás, la actuación administrativa no se inició de oficio y en ella se contó con las pruebas suficientes para adoptar la medida de intervención.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada ante esta corporación, solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado y remitir el expediente al Tribunal competente, por considerar que el asunto no carece de cuantía lo que hace que el Consejo de Estado no pueda conocer de él en única instancia.

En providencia de 10 de Septiembre del presente año, (fls 273 a 278 cuaderno No. 1) en Sala Unitaria el Despacho del Consejero conductor de este proceso estimó que no se configura la causal de nulidad invocada, pues si bien es cierto el actor se ha referido a la afectación de su patrimonio económico, también lo es que en parte alguna determina la cuantía en la forma indicada en la ley procesal tendiente a la indemnización de eventuales perjuicios que se le hayan causado, lo que conduce a establecer claramente que el asunto carece de cuantía y por ende la competencia radica en esta Corporación.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

Para dilucidar en primer término la competencia de la Superintendencia de Sociedades en la intervención de las personas naturales dedicadas a las actividades de enajenación de inmuebles de que trata la Ley 66 de 1968 en su artículo 1o., advierte la Sala que , en sentencia de 10 de Septiembre de 1992, actor: GERMAN GONZALEZ REGALADO, expediente No.: 1746, al estudiar los mismos actos que aquí se impugnan, se hizo un análisis sobre el tema controvertido, por lo cual se remite a lo ya expresado en dicha oportunidad dado que los fundamentos de hecho y de derecho son similares, lo que hace que los planteamientos allí expuestos sirvan de soporte al evento *sub lite*.

La Superintendencia de Sociedades en la expedición de los actos acusados, se fundamentó, entre otras normas, en el Decreto 497 de 1987. Este Decreto, "por el cual se distribuyen unos negocios", se dictó con base en el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1886 y numeral 1o. del artículo 267 del C. de Co.

De conformidad con el artículo 132 de la Constitución Nacional de 1886:

> "La distribución de los negocios según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República."

El Presidente de la República, a través del artículo 1o. del Decreto 497 de 1987, dispuso:

> "Distribuir entre los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 66 de 1968 y los Decretos 219 de 1969, 2610 de 1979 y 1742 de 1981."

Así mismo, en el artículo 2o. dispuso que el Ministerio de Desarrollo Económico ejercerá dichas funciones de inspección y vigilancia, a través de la Superintendencia de Sociedades, sobre todas las personas a que se refiere el artículo 1o., con excepción de las sociedades fiduciarias, cuya vigilancia corresponde a la Superintendencia Bancaria.

De igual manera, en el artículo 5o. previno que la Superintendencia de Sociedades estaba facultada para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la actividad referida inicialmente .

Teniendo en cuenta que por expreso mandato constitucional (art. 132 de la Constitución Nacional de 1.886, hoy artículo 189 num. 17) el Presidente de la República está facultado para distribuir los negocios, el hecho de que antes el asunto que ocupa la atención de la Sala hubiese correspondido al conocimiento de la Superintendencia Bancaria, según los términos del artículo 1o. de la Ley 66 de 1.968, y que actualmente por su naturaleza se adapte más a la competencia de la Superintendencia de Sociedades; no tiene incidencia alguna que le dé al citado Decreto visos de inconstitucionalidad.

De otra parte, el artículo 12 de lá Ley 66 de 1968 señala que las actividades relacionadas en el artículo 1o. *ibídem*, pueden realizarse por personas naturales o jurídicas, lo que significa que la inspección y vigilancia obviamente recae sobre ella. Por todo lo anterior, los cargos 2o. y 6o., están llamados a prosperar.

En lo que guarda relación con los cargos 1o., 3o., 4o., y 5o., por violación de los artículos 16, 26, 30 y 34 de la Constitución Nacional de 1886, es preciso tener en cuenta:

a.) La Resolución No. 09398 de 27 de Septiembre de 1989 (fls. 3 a 6 cuaderno No. 1), confirmada por la Resolución No. 03379 de 25 de Enero de 1991 (fls. 7 a 17 *ibídem*), dispuso en su artículo 1o.:

> "Tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de los señores VICTOR MODESTO LEON PEÑA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.021.503 de Bogotá, GERMAN GONZALEZ REGALADO con C. de C. No. 4.094.500 de Chiquinquirá y LUIS ORTIZ NIETO C. de C. No. 17.175.926 de Bogotá, por encontrarse incursos en las causales señaladas en el considerando cuarto de esta providencia."

b.) Según el considerando cuarto al que se remite el artículo transcrito, el demandante se hizo acreedor a la medida de intervención, por haber incurrido en violación de las causales 3a., 4a. y 7a. del artículo 12 de la Ley 66 de 1968 (fl. 4 cuaderno No. 1).

c.) Preceptúa el artículo 12 de la Ley 66 de 1968:

> "El Superintendente Bancario puede tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata esta Ley, o disponer su liquidación:
>
> ...3o. Cuando persistan en descuidar o rehusar el cumplimiento de las órdenes debidamente expedidas por el Superintendente Bancario.
>
> 4o. Cuando persistan en violar alguna norma de sus estatutos o de la ley, en especial la relativa a llevar la contabilidad de sus negocios.

...7o. Cuando el ejercicio de las actividades de que trata la presente ley se desarrolle en las circunstancias mencionadas en el artículo anterior.

El artículo 11 al cual se remite el numeral anterior señala:

"Incurren en prisión de dos (2) a seis (6) años quienes sin hallarse inscritos ante el Superintendente Bancario o cuya inscripción haya caducado, anuncien o desarrollen las actividades de que trata esta ley, además de las sanciones que les correspondan por la comisión de otros delitos contemplados en el Código Penal.

La sanción será de uno (1) a cuatro (4) años, cuando existiendo la correspondiente inscripción y hallándose ésta vigente, se desarrollen las actividades de que trata la presente Ley sin el permiso prescrito en el artículo 5o."

d.) En relación con la causal 3a., la Sala observa que según obra a folio 203 del cuaderno No. 2, al Señor LUIS ORTIZ NIETO se le comunicó la orden de practicar una visita en sus oficinas, para lo cual se le solicitó prestar la colaboración indispensable a los funcionarios designados. Conforme al informe de la visita practicada (fls. 191 a 192 *ibídem*), no obstante habérsele comunicado al demandante la orden de visita, a través de su secretaria, éste no atendió a la comisión visitadora.

e.) En lo que respecta a las causales contenidas en los numerales 4o. y 7o., que regulan lo relativo al incumplimiento de las obligaciones señaladas en la Ley o en los Estatutos, así como el permiso que requiere para desarrollar las actividades de que trata la Ley 66 de 1968, obran en el expediente las siguientes pruebas que demuestran fehacientemente que el actor está incurso en dichas causales:

1. A folio 10 del cuaderno No. 2, el Superintendente Bancario certifica que :

"Revisados los archivos que obran en esta Superintendencia se pudo establecer que a la fecha GERMAN GONZALEZ REGALADO Y LUIS ORTIZ NIETO, identificados con las cédulas de ciudadanía Nos. 4.094.500 y 17.175.926 de Chiquinquirá (B) y Bogotá D. E. respectivamente, no se encuentran registrados en los términos del artículo 3o. del Decreto 2610 de 1979 y no cuentan con el permiso de que trata el Artículo 4o. del Decreto citado para adelantar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a uso habitacional, ni con las autorizaciones de que trata la Resolución No. 3811 de 16 de Julio de 1981 para adelantar planes de vivienda por el sistema de autoconstrucción, en la urbanización "La Selva Dorada" en Fontibón D.E..."

2. A folio 87 del cuaderno No. 2 obra comunicación del Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, dirigida al Secretario de Gobierno Distrital, informando que en el predio "La Selva Dorada" se detectó la iniciación de un proceso de urbanización "el cual viola todas las disposiciones legales y urbanísticas correspondientes, tanto al proceso en sí como al sector aledaño al aeropuerto El Dorado."

3. De otra parte, a folio 2 del cuaderno No. 3 obra certificación del Secretario General del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, dirigida al Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en que se lee:

> "Que este Departamento no ha emitido Resolución de autorización de altura máxima para la urbanización "La Selva Dorada" localizada en terrenos aledaños del Aeropuerto Internacional El Dorado...
>
> Que según comunicación de Junio 2 de 1987 dirigida al Departamento de Planeación Distrital se consideró que "el lote se halla sometido a una intensidad de ruido de 110 decibeles, es decir, por encima de 40 NEF (pronóstico de exposición de ruido) en donde no se recomienda planes habitacionales."

4. A folio 3 del cuaderno No. 3, obra un informe en que se pone nuevamente en conocimiento del Secretario de Gobierno Distrital, el hecho de que en el predio "La Selva Dorada" se han violado normas urbanísticas, lo cual es grave y riesgoso ya que se trata de terrenos aledaños a la futura pista paralela del aeropuerto El Dorado, sobre los cuales el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil manifiesta que no es aceptable el uso de vivienda que pretenden dar los urbanizadores, por los altos niveles de contaminación acústica.

5. A folio 294 del cuaderno No. 3, aparece comunicación dirigida al demandante LUIS ORTIZ NIETO, en que se le informa por parte del Departamento Administrativo de Planeación Distrital:

> "El predio cuenta con plano topográfico No. 150/1-5, el cual NO AUTORIZA LA EJECUCION DE NINGUN TIPO DE LOTEO, NI DE OBRAS DE URBANISMO O ARQUITECTONICAS.
>
> La tramitación alcanzó el nivel de presentación de esquema básico según referencias Nos. 8713961 de octubre 14/87 y 8716660 de diciembre 3/87, las cuales fueron negadas mediante los oficios 17111 de diciembre 21/87 y 423 de enero 13/88 respectivamente, POR CUANTO NO DIERON CUPLIMIENTO A LAS NORMAS VIGENTES" (se resalta por la Sala).

De lo anterior se concluye :

Si bien es cierto las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, no es menos cierto que el contenido del artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886 también prevé que aquellas deben asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares, siendo deber del Estado proteger a quienes con escasos recursos económicos invierten todo su patrimonio en procura de obtener vivienda propia que les permita llevar una vida más digna. Y, es deber de los particulares, como en este caso, observa las normas que sobre urbanismo dicten las autoridades competentes, a fin de poder dar cumplimiento efectivo al objeto de sus obligaciones contractuales. Es por esto que prospera el cargo endilgado al artículo 16 de la Constitución de 1886.

No se observa violación del artículo 26 *ibídem*, por cuanto, como ya se vio, la Ley 66 de 1968 autoriza en su artículo 12 la intervención de las personas naturales cuando se den las causales allí previstas, y estas quedaron plenamente demostradas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. y 5o. del Decreto 497 de 1987, la autoridad competente para adoptar la medida de intervención lo es la Superintendencia de Sociedades. El demandante se enteró de la práctica de la visita, toda vez que esta se efectuó en sus oficinas, además de que se le comunicó previamente, a través de su secretaria, la práctica de la misma, y, tanto en el lapso comprendido entre la fecha de la visita (27 de Junio a 5 de Julio de 1989) (fls. 89 a 200 cuaderno No. 2) y la expedición de la Resolución (27 de Septiembre de 1989) en el que transcurrieron más de dos meses, tuvo la oportunidad de solicitar y allegar las pruebas tendientes a desvirtuar los motivos que adujo la administración para proferir los actos acusados, así como al interponer el recurso de reposición, lo que no hizo. En efecto, en el escrito contentivo del recurso (fl. 215 cuaderno No. 3) se limita a exponer que una vez presentados los documentos exigidos, el Doctor LUIS ORTIZ NIETO, ante la Dirección de Urbanización y Vivienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá, solicitó el permiso radicado el 7 de Diciembre de 1.987, bajo el No. 23895.

Sin embargo, esta afirmación se desvirtúa con la certificación proveniente de la Alcaldía (fl. 110 cuaderno No. 4) en que se informa que la radicación 23895 de 7 de Diciembre de 1987 ES INEXISTENTE, y, con la certificación del Superintendente Bancario (fl. 10 cuaderno No. 2) en el sentido de que el demandante no cuenta con el permiso de que trata el artículo 4o. del Decreto 2610 de 1979, para adelantar actividades de enajenación de inmuebles destinados a uso habitacional.

Por lo anterior, no prospera el cargo por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, como tampoco asiste razón al actor frente a los cargos 10 y 11 por violación de los artículos 34 y 35 del C.C.A., dado que para estos el análisis efectuado sirve de fundamento.

En lo que atañe al cargo 4o. por violación del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 la garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos con justo título no ha sido desconocida en los actos impugnados, pues el hecho de que los terrenos del demandante hayan sido adquiridos legalmente, -lo cual se presupone para desarrollar las actividades referidas en la Ley 66 de 1968, conforme a su artículo 5o. -, no releva a la administración de la obligación de aplicar las sanciones previstas en la ley, cuando se den las circunstancias allí señaladas, máxime si la norma en estudio consagra que la propiedad es una función social que implica obligaciones, y, el ejercicio de las actividades a que se dedica el actor le impone deberes a los cuales no puede sustraerse so pretexto de que lícitamente adquirió los terrenos. Por ello, no prospera el cargo.

En lo atinente al cargo 5o. por violación del artículo 34 de la Constitución de 1886, tampoco prospera, toda vez que la medida de intervención no constituye confiscación, pues de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, confiscar es privar a una persona de sus bienes para aplicarlos al fisco, y, por ninguna parte los actos acusados han dispuesto que los bienes del demandante se transfieran como pena a manos del Estado, lo cual no acontece ni siquiera en el evento de la liquidación prevista en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968, en cuyo caso los bienes responden por las acreencias, y, el remanente si lo hubiere, quedará en poder del deudor.

En lo que guarda relación con el cargo 7o. por violación de la Ley 9a. de 1989 en sus artículos 44 a 62, no tiene vocación de prosperidad, dado que del contenido de los citados artículos se infiere que los requisitos a que ellos se refieren y que no se pueden exigir, para facilitar el saneamiento de los títulos de las viviendas de interés social y la obtención de préstamos, anticipos y pagos parciales de cesantía, que persigan la adquisición, mejoramiento o subdivisión de dicha vivienda, tiene por destinatarios a los ADQUIRENTES de las mismas y no a las personas naturales o jurídicas que realizan las actividades de enajenación, quienes están obligadas al cumplimiento de las normas que regulen lo relativo a los planes o programas de urbanización o construcción de viviendas.

El alcance de estas normas no es otro que el de dar mayor oportunidad a quienes se encuentran en situación de hecho ocupando un inmueble para que puedan sanear su título y no el de abrir paso a la ilegalidad, pues esta no es la filosofía que informa a la Ley de Reforma Urbana que tiene como

objetivo primordial lograr condiciones óptimas de vivienda en las Ciudades y sus áreas de influencia, todo de acuerdo con un plan de desarrollo, que presupone necesariamente de la existencia de normas que fijen requisitos y de la aplicación de técnicas modernas de planeación.

En lo que se relaciona con los cargos 8o. y 9o., por violación de los artículos 14 y 28 del C.C.A., no tiene asidero los argumentos del demandante, ya que de una parte, la medida de intervención a través de la posesión de los negocios, bienes y haberes de una persona natural o jurídica, busca favorecer a los terceros que en el caso *sub examine* fueron quienes pidieron la protección del Estado para que por intermedio de su facultad de inspección y vigilancia, interviniera al actor, según se establece claramente en las quejas obrantes a folios 116 a 122 del cuaderno No. 2.

Finalmente, en lo que respecta al cargo 12 por violación del artículo 140 del C. de P.C., que según el actor se hace consistir en la falta de competencia de la Superintendencia de sociedades para proferir los actos acusados, por haberse trasladado a las Alcaldías, conforme al Decreto 78 de 1987, tampoco está llamado a prosperar. En efecto en las competencias asignadas en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 78 de 1987, no se consagra la relativa a tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades señaladas en la Ley 66 de 1968. Por el contrario, dentro de las facultades contempladas en el artículo 2o. numeral 8o. *ibídem* se encuentra la de informar a la entidad que ejerza la inspección y vigilancia, sobre la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968, PARA LOS EFECTOS A QUE HAYA LUGAR, los cuales no son otros distintos a los de INTERVENCIÓN O LIQUIDACION, de acuerdo con lo expresamente señalado en el citado artículo 12, y que como ya se dijo, corresponde a la Superintendencia de Sociedades.

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

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda instaurada por LUIS ORTIZ NIETO, a través de apoderado, dentro del expediente de la referencia.

Devuélvanse los dineros depositados y no utilizados.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

USO DE MARCA/ REGISTRO DE MARCAS/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA

La Sala considera que es la competente, por existir decisión previa y agotamiento de la vía gubernativa, para conocer de la contención planteada en torno a si se demostró o no, ante la Administración. la utilización de la marca en cuestión, en cualquier país miembro del Acuerdo Subregional Andino, pues, por lo demás, no se controvierte el aspecto relativo a cancelación del registro de la marca por no uso, que bien puede hacerse ante la autoridad administrativa competente y que eventualmente podría originar otra acción contenciosa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1812. Acción de nulidad en relación con actos de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: Industrias Volmo S. A.

La parte impugnadora de la acción de la referencia, por conducto de su apoderado especial, dentro de la oportunidad señalada para ello en la Ley, interpone recurso de SUPLICA contra la providencia de primero (1o.) de Septiembre del presente año, dictada por la Sala Unitaria del Señor Consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en cuanto por ella resolvió negar la solicitud de nulidad que propusiera con fundamento en las causales consagradas

en el artículo 140, numerales 1 - falta de jurisdicción - y 2 - carencia de competencia -, del C. de P.C..-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE SUPLICA.

Sostiene el recurrente que la providencia impugnada debe ser revocada, para en su lugar acceder a la declaratoria de nulidad solicitada, por las siguientes razones:

El auto en cuestión, en la última parte de sus consideraciones afirma que el artículo 98 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece una instancia administrativa para los efectos de la cancelación de los registros marcarios por no uso, lo cual no excluye el control jurisdiccional por parte del Consejo de Estado.

En otras palabras, que la cancelación de los registros marcarios por no uso debe solicitarse y tramitarse, en primer lugar, ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, siendo esa una instancia administrativa obligatoria según la Decisión 313, y la decisión que en esa instancia se tome si será posterior y sucesivamente materia de control por parte de esta Corporación.

De suerte que son dos los momentos: el primero es la instancia administrativa y, el segundo, la instancia judicial de control de la decisión tomada en el primer momento por la Administración. Y, en consecuencia, no se trata de competencias alternativas de utilización indistinta, sino sucesivas.

Tal como aparece en el expediente el actor no ha tramitado la instancia administrativa de solicitud de cancelación del registro marcario por no uso, habiéndose limitado a interponer un recurso contra el acto que concedió la renovación. De manera que lo que pretende el actor es agotar esa instancia directamente ante el Consejo de Estado. No existe en el proceso decisión administrativa alguna sobre la cancelación del registro marcario por no uso, luego de adelantado el trámite administrativo correspondiente del artículo 98 de la Decisión 313, razón por la cual si el Consejo de Estado avoca el conocimiento de la acción, estaría juzgando aquello que debe ser materia de la instancia administrativa en primer lugar.

LA DECISION

Para decidir, se considera:

1o. Es cierto que, conforme a lo que preceptúa la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reemplazada por la Decisión 311 (art. 99 en cuanto a la materia controvertida en este proceso) y ésta, a su turno,

por la Decisión 313 (art. 98 en lo que respecta a la misma materia), que es la vigente actualmente en cuanto hace relación al régimen de propiedad industrial para los países miembros del Pacto Andino, corresponde a la oficina nacional competente - que para la Sala no es otra que la Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial - conocer, tramitar y decidir acerca de la solicitud de cualquier *persona interesada* - la disposición anterior radicaba esa titularidad en cualquier persona -, y previa audiencia del titular de la misma, para que se cancele el registro de una marca, cuando después de efectuado éste y sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en la subregión, por su titular o por el licendiatario de éste, durante los cinco años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación.

E, igualmente, es cierto que adoptada la decisión correspondiente por la Superintendencia de Industria y Comercio que agote la vía gubernativa, aquella es controvertible ante esta jurisdicción especial, que es la competente para conocer de los procesos contenciosos relativos a la propiedad industrial (art. 128, numeral 14, del C.C.A.), salvo los de competencia de los jueces ordinarios en los casos previstos en la ley.

En otras palabras, que en esa materia de cancelación de registros de marcas por no uso es presupuesto de la acción contencioso administrativa, como en la mayoría o la totalidad de las acciones de nulidad, el previo agotamiento de la vía gubernativa, entendida esta figura como la existencia de una decisión administrativa previa decisión prealable de que hablan los franceses - que se haya convertido en definitiva, bien por la improcedencia de recursos gubernativos ordinarios o bien por haberse interpuesto, en especial el de apelación cuando sea procedente, y decidido de manera expresa o ficta. Sin ese presupuesto, claro es que el juez administrativo carece de competencia para conocer de la contención administrativa planteada por la persona legitimada para ello.

2. Igual cosa acontece en materia de nulidad - las Decisiones debieron utilizar mejor un término más técnico procesal, por lo menos desde el punto de vista de nuestro derecho: *revocar*, pues la nulidad en nuestro país solamente es declarable por el juez administrativo - de registro de una marca, concedido en contravención a las disposiciones de la Decisión vigente, con la diferencia de que ello, como toda revocatoria directa, puede hacerse, como lo dice la norma - el art. 98 de la Decisión 313 - , DE OFICIO o a PETICION DE PARTE.

3. De acuerdo con lo anterior, cabría llegar a la conclusión de que el recurrente tiene la razón en sus planteamientos y solicitud. Sin embargo, acontece que, por virtud de los ordenamientos contenidos en las mismas Decisiones y en particular en el artículo 70 de la Decisión 85 que regía en el momento de la decisión de renovación de la marca, materia de la acción de nulidad, el registro de una marca es renovable - mediante decisión de la

misma Oficina Nacional Competente - por períodos iguales al de otorgamiento inicial, es decir, durante la vigencia de la Decisión 85 por períodos de cinco años, hoy por razón de lo dispuesto en la Decisión 313 por períodos de diez años, requiriéndose, para ello, primero que la solicitud de renovación se haga dentro de determinado plazo o término, y, segundo, por lo menos durante la vigencia de la Decisión 85, art. 70, que regía en el momento de la solicitud de renovación de la marca y de su decisión por la Superintendencia de Industria y Comercio, norma que es el fundamento de la acción de nulidad que ocupa la atención de la Sala, que "el interesado.." demuestre "ante la oficina nacional competente respectiva, que está utilizando la marca en cuestión, en cualquier país miembro ", aspecto que la accionante es el que está controvirtiendo en este proceso, por lo cual considera que el acto administrativo de renovación de la marca - no una decisión sobre cancelación o no de ella por falta de uso - es nulo.

En esas condiciones, la Sala considera que es la competente, por existir decisión previa y agotamiento de la vía gubernativa, para conocer de la contención planteada en torno a si se demostró o no, ante la Administración, la utilización de la marca en cuestión, en cualquier país miembro del Acuerdo Subregional Andino, pues, por lo demás, no se controvierte el aspecto relativo a cancelación del registro de la marca por no uso, que bien puede hacerse ante la autoridad administrativa señalada, y que eventualmente podría originar otra acción contenciosa.

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 primero (1o.) de septiembre de 1992, dictada por la Sala Unitaria del señor Consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, por la cual no se accedió a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en este proceso.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Despacho de origen y cúmplase.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

DEMANDA - Corrección/ **SUSPENSION PROVISIONAL**

Si el artículo 207 del C.C.A. señala la actuación que debe ordenarse en el auto admisorio de la demanda; si dentro de esa actuación está la relacionada con la procedencia o improcedencia de la solicitud de suspensión provisional, cuando ésta se haya solicitado, y si el artículo 208, ordena que en caso de corrección de la demanda se vuelva a ordenar la actuación prevista en el artículo anterior, resulta lógico concluir que el juez administrativo debe pronunciarse nuevamente sobre la solicitud de suspensión provisional. La medida cautelar es parte integrante de la demanda, complementaria de ésta, íntimamente ligada a ella, de tal manera que la facultad que da la ley para corregir el libelo original y la potestad que tiene el juez para pronunciarse sobre tal corrección, se hacen extensivas a la suspensión provisoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº.2007. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: Germán Cavelier Gaviria.

Le corresponde a la mayoría de la Sala resolver sobre la procedencia de la corrección de la solicitud de suspensión provisional presentada por el actor dentro del expediente de la referencia, improbada como fuera la

ponencia que en el sentido de negarla presentara el H. Consejero Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Así mismo y en lo que se refiere a la demanda y su corrección, la Sala debe admitirla, toda vez que el escrito que la contiene fue presentado dentro del término previsto en el artículo 208 del C.C.A., y además reúne los requisitos de ley.

En relación con la corrección de la solicitud de suspensión provisional, se observa:

ANTECEDENTES.

El señor Germán Cavelier Gaviria, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de la Resolución número 334 del 10 de abril de 1992, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. En esta demanda presentada el 4 de mayo del año en curso, el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado. (Folios 45 a 58).

Repartido el negocio, la Sala en auto de 22 de mayo, aceptó la demanda, pero denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (folios 60 a 64).

El actor, dentro del término legal procedió a corregir tanto la demanda como la solicitud de suspensión provisional, mediante memorial presentado el 3 de junio del corriente año (Folios 65 a 80).

En auto del 12 de junio el señor Consejero Ponente admitió la corrección de la demanda, pero inadmitió la de la solicitud de suspensión provisional (Folios 82 a 86).

Suplicada la providencia anterior (folios 87 a 94), el resto de la Sala, en auto del 14 de agosto, después de considerar que el auto debió ser proferido por ella, lo revocó y ordenó remitir el expediente al despacho del Ponente, a fin de que presentara el proyecto de auto correspondiente (folios 112 y 119).

El señor Ponente presentó a la Sala el correspondiente proyecto, admitiendo la corrección de la demanda e inadmitiendo la corrección de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, el cual no fue aprobado por la mayoría de la Sala en la sesión del 3 de los corrientes. Por esta circunstancia debe la Sala proferir el auto que acoja el criterio mayoritario.

De conformidad en el artículo 207 del C.C.A., una vez recibida la demanda y efectuado el reparto, el Magistrado al admitirla dispondrá la notificación al demandado, al Ministerio Público, a la persona o personas,

que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en los resultados del proceso; el depósito; la fijación en lista y la solicitud de los antecedentes administrativos. Agrega la citada norma en el último inciso que cuando se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala, Sección o subsección....".

Por su parte el artículo 208 del mismo Código Contencioso Administrativo expresa que " Hasta el último día de fijación en lista podrá aclararse o corregirse la demanda. En tal caso, volverá a ordenarse la actuación prevista en el artículo anterior, pero de este derecho solo podrá hacerse uso una sola vez".

De los textos citados se deduce que si el artículo 207 señala la actuación que debe ordenarse en el auto admisorio de la demanda; si dentro de esa actuación está la relacionada con la procedencia o improcedencia de la solicitud de suspensión provisional, cuando ésta se haya solicitado, y si el artículo 208, ordena que en caso de corrección de la demanda se vuelva a ordenar la actuación prevista en el artículo anterior, resulta lógico concluir que el juez administrativo debe pronunciarse nuevamente sobre la solicitud de suspensión provisional.

La apreciación anterior tiene su fundamento en que la medida cautelar es parte integrante de la demanda, complementaria de ésta, íntimamente ligada a ella, de tal manera que la facultad que da la ley para corregir el libelo original y la potestad que tiene el juez para pronunciarse sobre tal corrección, se hacen extensivas a la suspensión provisoria.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en auto de octubre 1o. de 1964 con ponencia del consejero Dr. Carlos Gustavo Arrieta, sobre el tema expresó lo siguiente:

> "El escrito de aclaración o de corrección no constituye una nueva demanda. Por el contrario, forma con el libelo primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posesión de los actores y aún los poderes legales que tiene el fallador, Y, precisamente, porque en el pronunciamiento sobre la suspensión provisional deben considerarse todos los motivos de la acción unificada y no solo los de la acusación inicial, las normas procesales disponen que al fijarse con exactitud los hechos, el derecho y las razones del ataque, se reinicie la actuación a fin de que se califique la totalidad de los cargos, y no sólo un aspecto del litigio. Si así no fuera, en muchos casos no se realizarían los objetivos perseguidos por la Constitución y por la Ley al establecer y desarrollar la institución de la suspensión provisional. Los textos no ofrecen oportunidad a apreciaciones distintas".

Por lo anterior, estima la Sala procedente la corrección de la solicitud de suspensión provisional y considera que debe entrar a estudiar los motivos en que se apoya dicha corrección, y decidir en consecuencia sobre la petición de la medida cautelar.

En la corrección de la solicitud de suspensión provisional el actor cita como manifiestamente violado, por parte de la Resolución acusada, el artículo 338 de la Constitución Nacional, "por incompetencia de quien dictó el acto, en cuanto éste invade la órbita del Legislador al imponer tasas, contribuciones o cargos a la propiedad industrial, poder imperativo que el Constituyente reservó al Congreso".

Esta misma Sala en auto del 15 de mayo de 1992 con ponencia del H. Consejero Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en el expediente No. 1993 y con motivo de una demanda contra la misma Resolución que ahora se acusa, refiriéndose a la violación del artículo 338 de la Carta Política, expresó:

> "A juicio de la Sala, y como bien lo puntualiza el actor, en Colombia por mandato expreso de los artículos 150, numeral 12, y 338 de la Constitución Nacional compete en forma privativa a las corporaciones de elección popular, como son el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Distritales y Municipales, imponer contribuciones, vocablo genérico que se ha entendido como comprensivo de impuestos, tasas y contribuciones. Tal atribución, deben ejercitarla dichas corporaciones, a través de la ley, las ordenanzas y los acuerdos, normas en las cuales deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos.
>
> "Según el último precepto constitucional, si bien es cierto que las normas enunciadas pueden permitir que las autoridades - se entienden las administrativas, puntualiza la Sala - fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación de los beneficios que les proporcionen, también lo es que el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por dichas normas.
>
> "En el caso *sub-exámine*, la Superintendencia de Industria y Comercio desatendió claramente la preceptiva de los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Carta, pues resolvió fijar las tasas para la tramitación de los procedimientos a que alude la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, arrogándose así una atribución que es privativa del Congreso de la República, desconocimiento que amerita que se decrete su suspensión provisional, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído".

El criterio anterior fue reiterado por esta Sala en auto del 21 de mayo de 1992, proferido dentro de las mismas circunstancias en el expediente No. 2011 con ponencia del H. Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.

Definido ya el aspecto jurídico sometido a consideración de la Sala en esta nueva oportunidad, brilla al ojo concluir que la medida precautelativa es procedente, y como ésta ya ha sido decretada en la providencias precitadas, la Sala ordenará atenerse a lo dispuesto en ella sobre el particular.

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

RESUELVE:

1o. ADMITIR la corrección de la demanda presentada por el demandante. Para su trámite, se dispone:

a. Notificar al Superintendente de Industria y Comercio en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A., haciéndole entrega de copia de la corrección de la demanda.

b. Notificar a la señora Agente del Ministerio Público.

c. Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, pedir pruebas y proponer excepciones.

d. Por secretaría, solicítese a la Superintendencia de Industria y Comercio el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

e. El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

2o. Estése a lo dispuesto en providencias del 15 y 21 de mayo de 1992, dictadas en los procesos 1993 y 2011, en cuanto por ellas se decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 334 de 10 de abril de 1992, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, vuelva el expediente al despacho del señor Consejero Ponente.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con Salvamento de Voto; *Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA : En el mismo auto, la Sala dispuso estarse "a lo dispuesto en providencias de 15 y 21 de mayo de 1992, dictadas en los procesos 1993 y 2011 respectivamente, en cuanto por ellas se decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 334 de 10 de abril de 1992, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio". La providencia No. 1993 de 15 de mayo de 1992 publicada en el tomo de anales correspondiente al mes de mayo.

DEMANDA - Corrección/ **SUSPENSION PROVISIONAL/** (Salvamento de voto).

La corrección o adición de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una vez se haya proferido su auto admisorio, tan solo puede tener aceptación en la medida en que ellas se refieran al contenido de su texto, en si mismo considerado, y no a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, pues lo contrario conllevaría a aceptar, en contravía de todas las normas y principios sustantivos y adjetivos que regulan esta materia, que acudiendo al expediente de su corrección podría adicionarse tal solicitud en las demandas en que no se hizo, o modificarse los argumentos expuestos para su sustento para, de tal manera, pretender que, en el primer caso, se avoque su estudio y decisión o para que, en el segundo de ellos, la decisión adoptada deba ser reestudiada por la Corporación.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA PROVIDENCIA DE FECHA 25 DE SEPTIEMBRE DE 1992.

Ref.: Expediente No. 2007

Actor : Germán Cavelier Gaviria.

Consejero Ponente : *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

El suscrito Consejero no ha estado de acuerdo con la mayoría de la Sala en la providencia de la referencia, por las razones contenidas en el proyecto presentado como Ponente, y que se transcribe a continuación :

I. - ANTECEDENTES

1.- En demanda presentada el 4 de Mayo de 1992, el accionante solicitó, además de la declaratoria de nulidad del referido acto, la suspensión provisional de sus efectos.

2.- Por auto de 22 de mayo de 1992 la Sección Primera admitió la demanda, ordenó darle el trámite previsto en el artículo 207 del C.C.A. y denegó la solicitud de suspensión provisional impetrada.

3.- Mediante escrito presentado el 3 de junio de 1992 el demandante procedió a corregir la demanda, de cuya lectura se desprende que tal corrección se refiere, concretamente, a los siguientes aspectos:

3. 1. A cambiar la frase "... normas impositivas de carácter general", contenida en el numeral 5. de la demanda, que se encuentra dentro del acápite denominado "FUNDAMENTOS DE DERECHO, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION" (fl. 53), por la de "... normas impositivas sobre el tema de la Propiedad Industrial", la cual se encuentra en el mismo numeral y bajo el mismo acápite del escrito de corrección.

3. 2. A invocar nuevas normas en sustento de la solicitud de suspensión provisional y a explicar tanto su manifiesta infracción por parte del acto acusado, como a ampliar los argumentos expuestos en la solicitud original.

En el acápite del escrito de corrección de la demanda intitulado "*PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE LA SUSPENSION PROVISIONAL EN UNA CORRECCION DE DEMANDA*" (Subrayas del texto original) el demandante, luego de transcribir apartes del auto proferido por esta Sección el 11 de noviembre de 1988 con ponencia del Consejero de Estado doctor Samuel Buitrago Hurtado dentro del expediente radicado bajo el número 837, expresa que esta Corporación "... deberá estudiar la solicitud de suspensión provisional de acuerdo a los argumentos expresados en esta corrección de la demanda" (fl. 79).

4.- Por auto de 12 de junio de 1992, proferido por al Sala Unitaria, se admitió la corrección de la demanda (1o.) y se inadmitió la solicitud de corrección de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (2o.) (fls. 82 a 86).

5.- Mediante providencia de 14 de agosto de 1992, proferida por la Sala de Decisión, se revocó el auto de que se da cuenta en el ordinal que antecede y se dispuso que el Consejero conductor del proceso presentara a la Sala el correspondiente proyecto de auto (fls. 112 a 120).

II. - CONSIDERACIONES

En cuanto se refiere a la corrección de la demanda, en los términos expresados en el numeral 3.1. que antecede, debe admitirse, toda vez que el escrito que la contiene fue presentado dentro del término previsto por el artículo 208 del C.C.A.

En lo referente a la corrección que el demandante realiza de la totalidad del acápite dedicado en la demanda a la solicitud de suspensión provisional, debía adoptarse la decisión de inadmitirla, de acuerdo con las razones que se expresan a continuación.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 207 del C.C.A., el auto admisorio de la demanda es aquella providencia que, por regla general, corresponde dictarla al ponente cuando observe que ésta "... reúne los requisitos legales...", en cuyo caso deberá disponer, adicionalmente. el trámite o actuación previsto en los numerales 1 a 6 ibídem. En su inciso final, dicha norma, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 152, 154 y 155 ibídem, establece que "Cuando Se pida la suspensión provisional, ésta se resolverá en el auto que admita la demanda, el cual debe ser proferido por la Sala, Sección o Subsección, y contra este auto solo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de primera instancia, el de apelación".

Por su parte, el artículo 208 del C.C.A. consagra el derecho que asiste al demandante, hasta el último día de fijación en lista, y por una sola vez, para aclarar o corregir la demanda, caso en el cual, dispone la norma, "...volverá a ordenarse la actuación prevista en el artículo 207..." *ibídem.*

De los textos legales atrás referenciados y transcritos en lo pertinente, se deducen varias conclusiones, a saber:

a) Frente a toda demanda que se presente ante la jurisdicción contencioso administrativo sólo puede proferirse un auto admisorio, aquél que procede cuando quiera que ella "... reúne los requisitos legales". Es decir, que si bien el demandante puede hacer uso del derecho de corrección o adición de la demanda desde el momento de su presentación y hasta el último día de fijación en lista, una vez se haya proferido el auto admisorio el ejercicio de este derecho está condicionado a la decisión adoptada en el mismo, independientemente de que en la demanda se haya o no solicitado la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, En otras palabras, la decisión mediante la cual se admite una demanda es independiente de aquella que, aun cuando contenida en la misma providencia, decide sobre la petición de suspender provisionalmente el acto demandado.

Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que si bien en nuestro ordenamiento jurídico actual la solicitud de suspensión provisional está

supeditada a la existencia de una demanda, ella sólo puede ser considerada como parte accidental y, por tal razón, completamentaria de la misma, más no como uno de los requisitos legales que se exigen para su admisión. Es por ello que el artículo 152 del C.C.A. dispone que la medida de suspensión provisional bien puede solicitarse y sustentarse en el mismo texto de la demanda o en escrito separado, "... presentado antes de que sea admitida ..."

b) Analizado el aspecto anterior y como complemento del mismo, se considera que la corrección o adición de una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, una vez se haya proferido su auto admisorio, tan solo puede tener aceptación en la medida en que ellas se refieran al contenido de su texto, en sí mismo considerado, y no a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, pues lo contrario conllevaría a aceptar, en contravía de todas las normas y principios sustantivos y adjetivos que regulan esta materia, que acudiendo al expediente de su corrección podría adicionarse tal solicitud en las demandas en que no se hizo, o modificarse los argumentos expuestos para su sustento para, de tal manera, pretender que, en el primer caso, se avoque su estudio y decisión o para que, en el segundo de ellos, la decisión adoptada deba ser reestudiada por la Corporación.

En consecuencia, considero que cuando el artículo 208 del C.C.A. dispone que en caso de hacerse uso del derecho de adicionar o corregir una demanda "... volverá a ordenarse la actuación prevista..." en el artículo 208 ibídem, ha de entedenderse que dicha actuación está exclusivamente referida a aquella dispuesta en sus numerales 1 a 6, más en momento alguno a dictar nuevamente la decisión principal de admitirla, ni la relacionada con la suspensión provisional, como quiera que "... el escrito de aclaración o corrección del libelo no constituye una nueva demanda sino que, por el contrario, forma con el primitivo una unidad jurídica en cuyos planteamientos se determina en sus límites precisos y definitivos la materia propia de la controversia, la posición de los actores, y aún los poderes legales que tiene el fallador" (González Rodríguez Miguel, Código Contencioso Administrativo Concordato Comentado Doctrina y Jurisprudencia, Parte Segunda. Librería Jurídicas Wilches, Bogotá, 1990, págs. 1021 y 1022 .

Con todo Respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santafé de Bogotá, D. C. treinta de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/ POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites.

Mientras el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976 faculta al gobierno para autorizar a los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones para participar en sociedades o compañías, el Decreto 553 de 1992, ahora acusado, autoriza al organismo denominado Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom - , para que suscriba y formalice convenios de asociación, sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica. En otras palabras, el acto impugnado excluye del convenio de la contratación a las sociedades o compañías en las cuales, según la autorización contenida en el Decreto Ley puede participar el organismo adscrito al Ministerio de Comunicaciones. Así las cosas, el Gobierno se salió del marco de la autorización, pues según ésta Telecom puede ser parte de una sociedad pero no asociarse dentro de un ente sin personería jurídica alguna. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Decreto 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente Nº. 2123. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actora: María Teresa Garcés.

La actora de la referencia en ejercicio de la nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A., pretende que se declare la nulidad del Decreto 553 del 1o. de abril de 1992, "Por medio del cual se autoriza a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM -, para suscribir Convenios de Asociación, (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de Telecomunicaciones".

En escrito separado se solicita la suspensión provisional del acto acusado.

En la demanda no se indica expresamente el nombre de la parte demandada, ni el de su representante, lo que podría llevar a pensar que no se da cumplimiento al requisito establecido en el artículo 137-1 del C.C.A.

Sin embargo la Sala, teniendo en cuenta el derecho que tiene todo ciudadano para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley (art. 40-6 C.N.), y el principio de la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales (art. 28 C.N.), entiende que la parte demandada es la Nación, representada en este caso por el Ministro de Comunicaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del Código de la materia.

Hecha la aclaración anterior, y como quiera que la demanda reúne los demás requisitos de Ley, debe ser admitida tal como se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

El acto acusado es del siguiente tenor:

"DECRETO NUMERO 553 DE 1992

"Por medio del cual se autoriza a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM, para suscribir Convenios de Asociación, (a riesgo compartido) con el objeto de desarrollar proyectos de Telecomunicaciones.

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA.

"En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976,

DECRETA :

"ARTICULO 1o. Autorizar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM - para suscribir y formalizar Convenios de Asociación con personas jurídicas nacionales o extranjeras, con el objeto de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido proyectos de Telecomunicaciones, conservando. TELECOM la titularidad del servicio y sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica.

"ARTICULO 2o. Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

"COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE".

Como dice en el encabezamiento, el Presidente dicta el Decreto "En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976", el cual establece:

"Con previa autorización del Gobierno, los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones podrán participar en sociedades o compañías cuyo objeto social tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar".

Para efectos de la suspensión provisional dice la demanda que el Decreto pretranscrito viola en forma manifiesta las siguientes normas constitucionales y legales:

Artículos 75, 113, 122, 150 numerales 7 y 23 y último inciso, 189 numerales 11 y 23, 210, 287, 298, 311, 356, 365 y 367 de la Constitución Política.

Artículos 5, 7 y 29 del Decreto Ley 1050 de 1968; 27 y 36 del Decreto Ley 129 de 1976; 21 del Decreto Ley 130 de 1976; 1o. del Decreto 1588 de 1988; 4, 5, y 7 de la Ley 72 de 1989; y 4, 34, 45 y 41 del Decreto Ley 1900 de 1990.

En el concepto de la violación la demandante hace las consideraciones que se resumen a continuación:

Las autorizaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976 en las que el Gobierno se apoya para dictar la disposición impugnada, son para "participar", para tener parte en una sociedad, de tal manera que no podía el Gobierno con base en esta norma "autorizar a TELECOM para celebrar contratos de asociación, sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica...".

Anota además la actora que dicho artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976 es abiertamente inconstitucional, al establecer que el Gobierno puede autorizar a una entidad descentralizada la participación en sociedades, de acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Al asumir el Gobierno funciones que le corresponden al legislador, desconoce abiertamente el artículo 113 de la Constitución, que estatuye la separación de las funciones entre los órganos del Estado; el artículo 122 que señala que no habrá empleo en Colombia que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento; el 150 según el cual es función del Congreso que ejerce a través de leyes la de señalar los objetivos y estructura orgánica de los establecimientos públicos (numeral 7o.); expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (numeral 23); y expedir el estatuto general de la administración y en especial de la administración nacional (inciso final).

Se vulnera a su vez el artículo 210 de la C.N. de acuerdo con el cual es función del Congreso no solo crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas del orden nacional, sino que debe establecer su régimen jurídico.

Solo es de competencia exclusiva de las entidades del orden nacional, la prestación de los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales. Y que para que la Nación o las entidades nacionales puedan prestar servicios a nivel departamental, distrital o municipal, requieren autorización previa de la entidad territorial respectiva; así como para que puedan prestarlos entre localidades de distintos departamentos, requieren autorización expresa de las localidades.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4o. de la Ley 72 de 1989 y 4o. y 34 del Decreto Ley 1900 de 1990 las telecomunicaciones son un servicio público que podrán prestar las entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa o de manera indirecta, mediante concesión. O sea, que mal puede prestarlo TELECOM en asociación con personas privadas nacionales o extranjeras. Además el artículo 34 citado condiciona la prestación de estos servicios por la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional, en el ámbito departamental, distrital o municipal, a la previa autorización de la entidad territorial respectiva.

El Decreto 553 al inmiscuirse en el desarrollo de las funciones de TELECOM violó la autonomía del ente descentralizado, en contradicción con el artículo 5o. del Decreto 1050 de 1968, el Decreto 1184 de 1969 contentivo de los estatutos de la empresa y el artículo 1o. del Decreto 1588 de 1988 aprobatorio de la reforma de los mismos. Además, de manera indirecta, contradijo los nums. 7 y 23 del artículo 150 de la Constitución Política.

El Decreto 553 de 1992, al crear los convenios de asociación a riesgo compartido y al autorizar a TELECOM para su suscripción, desconoce la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 que solo presenten para la prestación de estos servicios, en gestión indirecta, la celebración de contratos de concesión.

Por todas las razones expresadas - dice finalmente la actora-, "con la expedición del decreto acusado se incurrió en violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución que confiere al Presidente de la República la facultad de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los Decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Después de conocer las objeciones que como fundamento de la solicitud de suspensión provisional se le hacen al decreto 553 de 1992 y el texto de todas las normas constitucionales y legales que se consideran por él violadas, la Sala a primera vista y en forma manifiesta y ostensible observa la violación del artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, en el que se basa el Ejecutivo para proferir el acto acusado, y de los artículos 4, 34 y 35 del Decreto 1900 de 1990.

En efecto, mientras el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, faculta al Gobierno para autorizar a los organismos adscritos al Ministerio de Comunicaciones para participar en sociedades o compañías, el Decreto 553 de 1992, ahora acusado, autoriza al organismo denominado Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom -, para que suscriba y formalice convenios de asociación, sin que tales contratos generen una nueva persona jurídica. En otras palabras, el acto impugnado excluye del convenio o de la contratación a las sociedades o compañías en las cuales, según la autorización contenida en el Decreto Ley puede participar el organismo adscrito al Ministerio de Comunicaciones.

Así las cosas, fácil es advertirlo, el Gobierno al expedir el Decreto 553 de 1992, se salió del marco de la autorización, pues según ésta Telecom puede ser parte de una sociedad pero no asociarse dentro de un ente sin personería jurídica alguna.

Por lo demás, las normas relativas a la prestación del servicio de telecomunicaciones, contenidas en el Decreto 1900 de 1990, concretamente en los artículos 4o., 34 y 35 prescriben que tal servicio puede ser prestado dentro del territorio nacional en gestión directa por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas a éstas y/o por la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional dentro del departamento, distrito o municipio, previa autorización de la entidad territorial respectiva; o en gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado; o por sociedades de economía mixta, pero a través de concesión otorgada mediante

contrato. Al establecerse en el Decreto impugnado una contratación diferente a la concesión y en circunstancias distintas a las autorizadas, se viola flagrantemente la normatividad jurídica aludida que es de superior jerarquía si en cuenta se tiene que el Decreto 1900 de 1990 fue expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 14 de la Ley 72 de 1989.

Por las consideraciones anteriores debe la Sala acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto impugnado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

1o. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por la doctora María Teresa Garcés Lloreda, contra el Decreto No. 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, para su trámite, se dispone:

a. Notificar a los señores Ministro de Comunicaciones y Gerente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entrégueseles copia de la demanda y sus anexos.

b. Notificar personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c. La actora deberá depositar en el término de cinco días la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d. Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e. Por Secretaría, solicítese al Ministerio de Comunicaciones el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del Decreto 553 de 1o. de abril de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de septiembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA-Inadmisión/ **VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/ **CADUCIDAD**

Para establecer si efectivamente debía o no agotarse la vía gubernativa, tratándose de un acto expedido en virtud de delegación y qué influencia tiene sobre ello el hecho de que el mismo acto haya advertido expresamente la procedencia de los recursos de reposición y apelación, será necesario realizar un estudio más detallado y con mayores elementos de juicio de los que aparecen en el umbral del proceso con ocasión de la admisión de la demanda. Es algo similar a lo que sucede con otro de los presupuestos procesales de la acción, como es el de la caducidad, frente al cual la jurisprudencia ha dicho que no puede pretenderse "que desde el momento mismo en que haya de resolverse sobre la admisibilidad formal de esa demanda debe estudiarse también si el plazo para ejercer la acción ha caducado o no, y abstenerse de darle curso si aparentemente la caducidad se ha producido, porque esta última decisión equivaldría a definir el proceso desde antes de que llegara a comenzar".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2126. Actor: Sociedad Colombiana de Fumigación Aérea S.A. COFA S.A.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto inadmisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de julio de 1992.

I.- EL AUTO RECURRIDO

Mediante el auto objeto de apelación, el *a quo* resolvió inadmitir la demanda, por no haberse agotado previamente la vía gubernativa.

Para el efecto, el Tribunal argumentó que la primera de las Resoluciones acusadas (No. 0033 del 13 de enero de 1992), señala en su artículo 4o. que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación, no obstante lo cual la sociedad interesada no hizo uso de dichos recursos y se limitó a solicitar la revocatoria directa, mediante memorial radicado el 4 de marzo de 1992, la cual fue negada mediante la segunda Resolución acusada (No. 2927 del 30 de marzo de 1992).

II.- EL RECURSO INTERPUESTO

En la sustentación de su recurso, el actor argumenta fundamentalmente que la primera de las Resoluciones acusadas (No. 0033 del 13 de enero de 1992) fue expedida por el Subjefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, "en ejercicio de la delegación de funciones conferidas mediante Resolución No. 5139 de 1978", razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 211, incisos 2o. y 3o. de la Constitución Política, «existe unidad entre el funcionario que delega funciones y el funcionario que dicta actos administrativos en ejercicio de las funciones delegadas", de tal manera que jurídicamente la citada Resolución fue expedida por el jefe (o Director) del Departamento Administrativo citado, a través de su delegatario, el subjefe del mismo Departamento y, por lo mismo, dicho acto no era susceptible del recurso de apelación por establecerlo así el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, como de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 del C.C.A., los recursos de reposición y queja no son obligatorios, y no era procedente el recurso de apelación, se entiende agotada la vía gubernativa, según lo previsto en los artículos 62 y 63 del ya citado estatuto y, por lo mismo, resulta infundada la inadmisión de la demanda y debe revocarse dicha medida a fin de admitirla.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala constata, en primer lugar, que efectivamente, como lo expresa el actor, de acuerdo con el encabezamiento de la Resolución 0033 de 1992, ella fue expedida por el Subjefe del Departamento Administrativo de

Aeronáutica Civil, "en ejercicio de la delegación de funciones conferidas mediante Resolución No. 5139 de 1978". A través de esta última Resolución, que se encuentra publicada en el Diario Oficial No. 35.136 de 13 de noviembre de 1978, pág. 451, se delega en el Subjefe del Departamento, entre otras funciones, la de firmar las resoluciones mediante las cuales «se sancione a las entidades anteriores (empresas aérea, escuelas técnicas, aeroclubes y talleres aeronáuticos), y personal de vuelo y tierra de las mismas, por violaciones a las disposiciones que regulan la actividad aérea", como es el caso de la Resolución acusada, en la cual se sanciona a la sociedad actora, que es una empresa aérea, por violación de normas del Manual de Reglamentos Aeronáuticos.

Constatado lo anterior, la Sala considera que para establecer si efectivamente debía o no agotarse la vía gubernativa, tratándose de un acto expedido en virtud de delegación y que influencia tiene sobre ello el hecho de que el mismo acto haya advertido expresamente la procedencia de los recursos de reposición y apelación, será necesario realizar un estudio más detallado y con mayores elementos de juicio de los que aparecen en el umbral del proceso con ocasión de la admisión de la demanda.

Para la Sala es algo similar a lo que sucede con otro de los presupuestos procesales de la acción, como es el de la caducidad, frente al cual la jurisprudencia ha dicho que no puede pretenderse "que desde el momento mismo en que haya de resolverse sobre la admisibilidad formal de esa demanda debe estudiarse también si el plazo para ejercer la acción ha caducado o no, y abstenerse de darle curso si aparentemente la caducidad se ha producido, porque esta última decisión equivaldría a definir el proceso desde antes de que llegara a comenzar" (Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 20 de mayo de 1975, Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz, Exp. No. 2847, Anales del Consejo de Estado, Año L, Tomo LXXXVIII, Primer Semestre, 1975, pág. 137).

Igualmente en la doctrina, aun cuando sobre el mismo presupuesto procesal de la caducidad, pero que la Sala considera aplicable a la situación planteada en el caso sub judice en relación con el agotamiento de la vía gubernativa. se expresa lo siguiente :

> "Ha sostenido en forma reiterada el Consejo de Estado que la caducidad cuando aparezca clara, desde un principio deberá decretarse en el primer auto que se dicte dentro del proceso, por razones de economía procesal y de seriedad, ya que no tiene sentido que las partes se sometan a un debate costoso y de larga duración para terminar con una declaración de tal naturaleza.
>
> "Dada la trascendencia de la medida y las consecuencias que para los derechos en juego tiene la declaración de caducidad, el proveído que la

acuerde deberá ser dictado por el tribunal en aquellos asuntos que tengan otra instancia o por el ponente en los de única, para permitir la apelación en los primeros y la súplica en los segundos.

"En cambio, cuando la caducidad no aparezca clara bien porque se alegue falta de notificación o defectos en ésta o se discuta la fecha del acaecimiento de los hechos, u otra circunstancia similar, deberá tramitarse el proceso, para luego en la sentencia, mediante el análisis del acervo probatorio, definir en primer término si la acción fue ejercitada en tiempo o no. El fenómeno de la caducidad, que constituye así una excepción de fondo, podrá ser motivo de alegación de parte o declaratoria oficiosa" (Carlos Betancur Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 3a. edición 1992, pág. 124).

En consecuencia , la Sala considera que en el caso de autos debe procederse a tramitar el proceso, por lo cual procederá a revocar el auto apelado y a ordenar la admisión de la demanda.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 16 de julio de 1992.

Segundo.- Vuelva el expediente al Tribunal de origen, a fin de que se proceda a dictar auto admisorio de la demanda y se resuelva sobre la solicitud de suspensión provisional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.* .

AUXILIOS-Improcedencia/ **CELEBRACION DE CONTRATOS/ PLAN NACIONAL DE DESARROLLO**

No existe la ley por medio del cual el Congreso haya expedido el Plan Nacional de Desarrollo. La circunstancia de que, en los términos del artículo 341 de la Constitución, haya transcurrido ya el término que la norma constitucional le concedía al Gobierno para la presentación del proyecto de ley mediante la cual se expida el Plan Nacional de Desarrollo, o sea, el de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo, no autoriza al Gobierno para, mediante la reglamentación de la materia, que no es otra que la forma, procedimientos, etc-. de la celebración de los contratos a que se refiere el artículo 355 *ibídem*, proceder a dictar una normatividad constitucional de excepción y transitoria para el resto del período constitucional que se inició en 1990 y en curso en el momento de la expedición de la Nueva Carta, pues ello era menester, como se hizo en casos similares, la consagración de una régimen transitorio, cosa que no se hizo. DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del artículo 3o. del Decreto 777 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº. 2138. Acción de nulidad en relación con el art. 3o. del Decreto 777 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Actor: HERNAN DARIO VERGARA MESA y otros.

Los ciudadanos HERNAN DARIO VERGARA MESA, FABIAN GONZALO MARIN C. y VICTOR MANUEL SERNA MEDINA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., promueven demanda ante esta Corporación en orden a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 3o. del Decreto número 777 de mayo 16 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de admitirse en la parte resolutiva de esta providencia.

SUSPENSION PROVISIONAL

Los actores, en escrito separado y presentado como anexo No. 1 de la demanda, con fundamento en el artículo 152 de .C C. A., solicitan la suspensión provisional de la disposición acusada por considerar, en síntesis, que ella es contraria al inciso segundo del art. 355 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 341 ib.

Para decidir, *se considera*:

1o. Mediante el Decreto 777 de mayo 16 de 1992, que contiene la disposición acusada, se procedió por el Gobierno Nacional - Presidente de la República, Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y de Salud, y Director del Departamento de Planeación Nacional - a reglamentar la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, o sea, los que puede celebrar el Gobierno " en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal ...., con recursos de los respectivos presupuestos, ... con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público *acordes con el Plan Nacional* y los planes seccionales de Desarrollo ... "(subrayado fuera de texto).

Al efecto se dispuso en el artículo 3o. del decreto demandado:

"Artículo 3o. En razón de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 341 de la Constitución Política, durante los años de 1992, 1993 y 1994 los contratos a que se refiere el presente Decreto se sujetarán a los planes, programas y proyectos que hayan sido aprobados o que en el futuro llegue a aprobar el Conpes o quien haga sus veces a nivel territorial, y a los respectivos presupuestos":

2o. El inciso primero del artículo 341 de la Constitución Política, invocado por la norma reglamentaria acusada, es del siguiente tenor:

> "Artículo 341. El gobierno elaborará el Plan Nacional de Desarrollo con participación activa de las autoridades de planeación, de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura y someterá el proyecto correspondiente al Consejo Nacional de Planeación; oída la opinión del Consejo procederá a efectuar las enmiendas que considere pertinentes y presentará el proyecto a la consideración del Congreso dentro de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo".

3o. Los accionantes consideran que la norma reglamentaria es contraria a las disposiciones contenidas en los artículos 341 y 355 de la Constitución, por cuanto el Gobierno desbordó la voluntad del Constituyente, si se tiene en cuenta, de una parte, que el Plan Nacional de Desarrollo a que se refiere el art. 355 precitado y al que deben estar acordes los contratos que celebre el Gobierno con entidades privadas, es el que, según lo manifiesta el artículo 341 de la Carta, elabore aquél con la participación de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y el Consejo Superior de la Judicatura, Plan Nacional de Desarrollo que no se asimilable al que pueda elaborar un organismo asesor del Gobierno, que, por los demás, tampoco es una ley, y de otra parte, aun aceptando que ese plan elaborado o que elabore el Conpes es una ley, no tendría las calidades que exige la Constitución, tales como la participación en su elaboración de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura. Por esto, no es posible - dicen los accionantes -, hasta tanto no se elabore la ley del Plan, como lo exige la Constitución, reglamentar los contratos a que se refiere el inciso segundo del art. 355 ib.

Por otra parte, para reglamentar el art. 355 de la Carta es necesario esperar el próximo período presidencial , para que el nuevo Gobierno presente el Plan Nacional de Desarrollo al Congreso y éste lo apruebe debidamente, y así la celebración de los contratos ya referidos, se sujeten al Plan que la Constitución exige.

Finalmente, los accionantes observan que entre las funciones del CONPES está la de asesorar al Ministro del ramo, en la formulación, coordinación y ejecución de la política o planes de acción; y, que, por el contrario, el Constituyente quiso que todos los planes de desarrollo estén contenidos en una ley especial que él mismo creó: Ley del Plan Nacional de Desarrollo.

4o. Para la Sala el acto administrativo respecto del cual se solicita en la demanda el decreto de suspensión provisional, prima facie es ostensiblemente contrario al artículo 355 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 341 ibídem, por dos razones fundamentales, a saber: a) No existe la

ley por medio de la cual el Congreso de la República haya expedido el Plan Nacional de Desarrollo, previa elaboración del proyecto correspondiente por parte del Gobierno con la participación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura, y ella - la ley - no se puede suplir mediante la reglamentación que sobre la materia expida el Gobierno, a la cual se refiere la parte final del inciso segundo del precitado art. 355 de la Carta: b) Se pretermite la intervención del Consejo Superior de la Judicatura en la elaboración del proyecto del Plan de Planeación de Desarrollo y el concepto del Consejo Nacional de Planeación sobre el proyecto que se elabore por el Gobierno con la participación activa de las autoridades de planeación de las entidades territoriales y del Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, la circunstancia de que, en los términos del mismo artículo 341 de la Constitución Política, haya transcurrido ya el término que la norma constitucional le concedía al Gobierno para la presentación del proyecto de ley mediante la cual se expida el Plan Nacional de Desarrollo, o sea, el de los seis meses siguientes a la iniciación del período presidencial respectivo, no autoriza al Gobierno para, mediante la reglamentación de la materia, que no es otra que la forma, procedimientos, etc. de la celebración de los contratos a que se refiere el artículo 355 ib., proceder a dictar una normatividad constitucional de excepción y transitoria para el resto del período constitucional que se inició en el año de 1990 y en curso en el momento de la expedición de la nueva Carta Política del país, pues para ello era menester, como se hizo en casos similares, la consagración de un régimen transitorio, cosa que no hizo.

Por esas razones, habrá de decretarse la suspensión provisional solicitada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. ADMITIR la demanda promovida por los ciudadanos HERNAN DARIO VERGARA MESA, FABIAN GONZALO MARIN C. Y VICTOR MANUEL SERNA MEDINA contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y Salud, y Departamento de Planeación Nacional -, a quien se tiene como parte demandada, en orden a obtener la declaratoria de nulidad del art. 3o. del Decreto 777 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente esta providencia al señor agente del Ministerio Público ante esta Sección.

b) Notifíquese personalmente esta providencia a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y Salud, y al Director

del Departamento de Planeación Nacional, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

c) Depositen los demandantes, en la Secretaría de la Sección, la suma de TRES MIL PESOS ($ 3.000.oo), para gastos del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en los artículos 207-5 y 208 del C. C. A.

2o. Decrétase la suspensión provisional del artículo 3o. del Decreto 777 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Por auto de 12 de noviembre de 1992, Exp. 2138, Ponente: Dr. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. Actor: HERNAN DARIO VERGARA MESA Y OTROS, se revocó la anterior decisión de suspensión provisional.

CONGRESO DE LA REPUBLICA/ ORDENADOR DEL GASTO/ SENADO/ CAMARA DE REPRESENTANTES/ COMISION DE LA MESA DELEGACION DE FUNCIONES-Improcedencia

Cuando el parágrafo del acto acusado autoriza a las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara para que deleguen la función ordenadora del gasto en el primer vicepresidente y segundo vicepresidente, está contrariando al inciso 2o. del artículo 91 de la Ley 38 de 1989, toda vez que este precepto no contempla la posibilidad de que opere tal modalidad de transferencia de función. Si esta hubiera sido la voluntad del legislador, lo hubiera hecho expresamente, como en efecto lo hizo el mismo artículo al autorizar a los Ministerios, Jefes de Departamento Administrativo y a las Juntas Directivas de los establecimientos públicos para que delegaran dicha función. DECLARA LA NULIDAD del parágrafo del artículo 1o. del Decreto 870 de 26 de abril de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1557. Acción de nulidad contra el artículo 1º y su parágrafo del Decreto Reglamentario 870 de 26 de Abril de 1989, del Gobierno Nacional. Actor: Ramiro Abella Soto.

El ciudadano y abogado Ramiro Abella Soto, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Jurisdicción, para que mediante sentencia de declare la nulidad del artículo 1º con su parágrafo del Decreto número 870 de 26 de Abril de 1989 "Por el cual se reglamenta la Ordenación del Gasto del Honorable Congreso de la República", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- EL ACTO ACUSADO

Las normas cuya nulidad se depreca son del siguiente tenor literal:

"Artículo 1º De conformidad con lo preceptuado por el artículo 91 de la Ley 38 de 1989 las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del Presidente del Senado o de la Cámara, según el caso.

Parágrafo. Las Mesas Directivas de Senado y Cámara podrán delegar, mediante resolución, la función ordenadora, en el Primer Vicepresidente o Segundo Vicepresidente de acuerdo con las necesidades de cada corporación."

II.- CAUSA PETENDI

II.1.- Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional; 91 de la Ley 38 de 1989; y 7º y 8º de la Ley 17 de 1970.

Para fundamentar lo cargos se aduce, en esencia, lo siguiente:

Violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

La ley reglamentada dijo:

"...En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara."

Al decirlo así, radicó de manera exclusiva y excluyente en las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara de Representantes esa facultad de ordenar el gasto, y no contempló la posibilidad de que esas Mesas Directivas delegaran o pudieran delegar semejante atribución, evento que sí contempló el artículo 91 de la Ley 38 de 1989 mencionada para los Ministerios y Departamentos Administrativos. Aún, fue totalmente explícita al disponer que en la Contraloría General de la República, en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público y en la Registraduría Nacional del Estado Civil, pueden designar los ordenadores de gasto. Pero respecto del Congreso guardó silencio.

Si la ley no dijo que las Mesas Directivas como colegiados, como integridad, como totalidad decisoria podían delegar la facultad de ordenar el gasto, el Decreto Reglamentario no podía hacerlo, a menos de quebrantar ostensiblemente la potestad reglamentaria atribuida constitucionalmente al Presidente de la República.

En efecto, en la parte final del primer inciso del artículo 1º del Decreto acusado el Presidente de la República atribuyó al Presidente del Senado o de la Cámara "según el caso" la facultad de ordenar el gasto siendo que la ley había fijado esa competencia en la Mesa Directiva de cada una de las dos Corporaciones. Es decir, el Presidente asimiló un órgano plural como es una Mesa Directiva con un funcionario individualmente considerado, como es el Presidente del Senado o de la Cámara, "según el caso".

El Presidente desbordó la facultad reglamentaria al disponer que la atribución de ordenar el gasto radicada en las Mesas Directivas del Congreso, se ejerza a través del Presidente respectivo de cada una de las Cámaras.

Pero la contradicción del Decreto demandado con la norma superior no termina ahí, porque resolvió disponer que las Mesas Directivas, ya asimiladas al respectivo Presidente como persona natural, podrán delegar, mediante Resolución, en el Primero o en el Segundo Vicepresidente del Senado o de la Cámara, la ordenación del gasto conforme lo dice el parágrafo del artículo 1º del mencionado Decreto.

El Decreto 870 de 1989 no sólo atribuyó al Presidente del Senado o la Cámara la facultad de ordenar el gasto en sus respectivas Corporaciones, sino que al asimilar éstas a aquél funcionario lo autorizó también para delegar a su turno esa facultad en uno cualquiera de los Vicepresidentes y "de acuerdo con las necesidades de la Corporación":

Violación del artículo 91 de la Ley 38 de 1989

La violación de esta norma se da por cuanto si ésta ha precisado que la facultad de ordenar el gasto es delegable en los Ministerios y en los Departamentos Administrativos, y si además en la Contraloría General de la República, en la Rama Jurisdiccional, en la Registraduría Nacional del Estado Civil y en el Ministerio Público se pueden designar los ordenadores del gasto, pero simultáneamente ha guardado silencio sobre esa posible delegación en tratándose de las Mesas Directivas del Senado o de la Cámara, no es posible que el Decreto Reglamentario supla ese silencio y atribuya competencias que la ley no ha señalado.

La regulación de competencias, como la de inhabilidades e incompatibilidades tiene rango constitucional o legal. Jamás puede ser materia de un decreto reglamentario destinado exclusivamente a procurar la adecuada comprensión, para su cabal cumplimiento de la ley que reglamenta.

Violación del artículo 7ºde la Ley 17 de 1970.

Establece este artículo :

"En cada Cámara habrá un Presidente y un Primero y Segundo Vicepresidente, quienes constituirán la Comisión de la Mesa, Será Secretario de la Comisión de la Mesa el de la respectiva Cámara".

Si la ley que se reglamentó mediante el Decreto acusado atribuyó a las Mesas Directivas en las Cámaras del Congreso de la República la facultad de ordenar el gasto y no las autorizó para delegar esa atribución, mal podía el Presidente de la República so pretexto de reglamentarla, trasladar aquella facultad al Presidente de la Mesa Directiva correspondiente y menos, muchísimo menos, autorizar para delegar esa facultad de ordenas el gasto en el Primero o Segundo Vicepresidente de cada una de las dos Corporaciones.

Una sencilla interpretación del texto demandado permite concluir que el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto demandado le atribuye al Presidente de la Cámara o del Senado una facultad que la ley no le dio. Y, a través del parágrafo del mismo artículo se autoriza delegar tal facultad.

Omitió el actor el concepto de violación del artículo 8º ibídem.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de : admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

La Sala, a través del auto del 29 de Noviembre de 1990, denegó la suspensión provisional de las normas acusadas, solicitada por el actor en escrito inserto dentro del texto de la demanda.

Durante la etapa de fijación en lista, la parte demandada: la Nación, a través de los Ministerios de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público se hizo parte en el proceso, y mediante apoderados, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo.

Así mismo, el ciudadano y abogado Jacobo Márquez Iguarán, se constituyó en parte impugnante dentro del proceso, calidad que le fue reconocida en el auto de 12 de Abril de 1991.

III.1.- LA NACION -MINISTERIO DE GOBIERNO- :

Adujo como fundamento de su defensa, lo siguiente:

El Decreto acusado desenvuelve en todos sus pormenores los principios generales de la ley al decir "...las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del Presidente del Senado o de la Cámara, según el caso...".

Los argumentos esgrimidos por el actor no logran demostrar donde el Primer Ejecutivo de la Nación rebasó la letra y la intención del legislador de 1989 con el Decreto acusado.

Analizando detenidamente tanto la ley reglamentada como el acto reglamentario, en ambos se está consagrando el supuesto de que las Mesas Directivas del Senado y la Cámara, son los organismos competentes para ordenar los gastos de las respectivas Corporaciones; en ningún momento se da contradicción alguna; lo que sucede es que la segunda norma expresa a manera de desarrollo "a través" de quién la orden se debe dar.

No se trata de realizar con el acto reglamentario una simple reproducción de la norma reglamentada, sino de proveer el modo práctico de su aplicación.

Cuando el artículo 91 de la Ley 38 de 1989 en su inciso final precisa: "...El Gobierno Nacional expedirá los procedimientos y normas necesarias para la adecuada ejecución de dicha función ordenadora" ello es precisamente lo que está realizando el acto reglamentario cuando afirma: "...Las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del Presidente del Senado o de la Cámara según el caso...".

En cuanto hace alusión a la violación del artículo 7o de la Ley 17 de 1970, la norma acusada empieza reconociendo la competencia para ordenar el gasto a las Mesas Directivas tanto del Senado de la República como de la Cámara de Representantes. Cuando añade "..., a través del Presidente ..." de acuerdo con el diccionario español, *a través* "indica que una acción se realiza sirviendo de conducto o intermediario, lo que se expresa". Tal expresión en ningún momento deriva en una connotación diferente; al contrario, constituye una correcta interpretación de su significado ya que como bien lo dice la norma dicha Mesa la encabeza el Presidente, quien será el que ejerza tal función. Tampoco le está quitando competencia a la Mesa Directiva sino simplemente la Mesa a través de su Presidente, mediante su representación o por su conducto, ordenará el gasto.

El Presidente actúa en representación de la Mesa Directiva y por tener tal calidad puede delegar la función de ordenar el gasto, en los demás integrantes de la Mesa en mención.

III.2.- LA NACION: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

Esgrime similares argumentos a los planteados por la apoderada del Ministerio de Gobierno. Agrega, respecto de la afirmación del demandante sobre la violación de la Ley 17 de 1970, que el acto acusado trasladó la facultad que la Ley 38 de 1989 atribuyó a las Mesas Directivas al Presidente de la misma y consagró de manera irregular la delegación de la facultad de ordenar el gasto en el Primero o Segundo Vicepresidente de cada una de las Corporaciones, que no se está frente a una delegación propiamente dicha sino al ejercicio jerarquizado que impone la organización de cada Cámara, y que de acuerdo con las necesidades de la Corporación podrán ejercerla el Primero o Segundo Vicepresidente, entendiéndose que estos actuarán en defecto y por necesidad de la Mesa Directiva.

III.3.- EL TERCERO IMPUGNANTE.

El ciudadano y abogado Jacobo Márquez Iguarán, arguye como razones de impugnación del libelo, las siguientes:

Para efectos de la nulidad impetrada es menester distinguir dos situaciones normativas: la de la primera parte del artículo 1º del Decreto parcialmente acusado y la de su parágrafo único.

El concepto de la violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y en relación con la primera parte del artículo impugnado es evidentemente equivocado porque lo que hace dicho artículo es reiterar lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, esto es, que "las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, con cargo a sus respectivos presupuestos". Y la expresión "a través del Presidente del Senado o de la Cámara, según el caso", no está trasladando la facultad ordenadora a los Presidentes de ambas Corporaciones. La facultad como tal sigue en cabeza de las Mesas Directivas y simplemente éstas la ejercen por conducto de sus Presidentes. Las Mesas Directivas ordenan el gasto y los Presidentes ejecutan la ordenación.

Por lo demás, el mismo artículo 91 de la Ley 38 de 1989 autorizó expresamente al Gobierno Nacional para "expedir los procedimientos y normas necesarias para la adecuada ejecución de dicha función ordenadora". Y ello fue lo que hizo el Presidente al expedir el Decreto 870 de 1989: señalar el procedimiento mediante el cual las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara cumplirán la función ordenadora del gasto. La frase "a través de" que utiliza la norma acusada significa " por entre " o "por medio de", es decir, es una expresión adverbial de significación procedimental y no atributiva de facultad alguna.

La primera parte del artículo 1º debe interpretarse en conexidad y armonía con las demás disposiciones del mismo Decreto y se verá que en todas ellas se les da a las Mesas Directivas el tratamiento de ordenadoras del gasto.

Si no se infringió el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional, tampoco se dio la violación del artículo 91 de la Ley 38 de 1989, dado que el concepto de violación es el mismo: haberles quitado a las Mesas Directivas la facultad de ordenación del gasto y atribuírselo, mediante delegación, a los Presidentes de aquéllas.

En cuanto al quebranto del artículo 7º de la Ley 17 de 1970 tampoco se da puesto que este precepto se limita a señalar cómo está constituida la Comisión de la Mesa Directiva en cada Cámara y la norma acusada en nada varía esa composición, y, además, nada tiene que ver con la función ordenadora del gasto en el Congreso.

Respecto del parágrafo del artículo acusado se debe admitir que sí conoce a las Mesas Directivas de ambas Cámaras la facultad de delegar en los Primeros o Segundo Vicepresidentes la función ordenadora del gasto. Pero el hecho mismo de que el parágrafo le esté confiriendo a dichas Mesas Directivas la atribución de delegarla, hace suponer que esa función se las está reconociendo el artículo del cual forma parte el parágrafo.

Respecto de la potestad delegante, ya sea que se considere ínsita en quien ejerce una función pública, ó que debe estar expresamente otorgada por la ley, o que se derive de la interpretación íntegra del texto del artículo 91 de la Ley 38 de 1989 de una manera general, ningún reproche de ilegalidad o inconstitucionalidad puede hacérsele al parágrafo acusado.

III.4.- CONCEPTO FISCAL.

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima, en su visita de fondo, que es procedente la anulación del parágrafo único del artículo 1º del Decreto 870 de 1989 y la denegación de las demás súplicas de la demanda, dado que leídas las normas bien puede concluirse que el artículo 1º del Decreto mencionado se ajusta a la previsión contenida en el inciso 2º del artículo 91 de la Ley 38 de 1989 en cuanto reafirma como ordenadoras del gasto a las Mesas Directivas del Senado y la Cámara y que la frase "a través del Presidente del Senado o de la Cámara, según el caso", no entra una delegación sino simplemente prevé la manera como habrá de expresarse la decisión del ordenador colegiado.

En cambio, en el parágrafo acusado sí de advierte desbordamiento de la potestad reglamentaria en cuanto consagra la facultad de delegar la función

ordenadora del gasto en el Primero o en el Segundo Vicepresidente, circunstancia ésta no prevista en la norma reglamentada.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La nulidad decretada del artículo 1º y su parágrafo del Decreto 870 de 26 de Abril de 1989, tiene su fundamento en la pretensa violación de los artículos 120 numeral 3º de la Constitución Nacional, 91 de la Ley 38 de 1989, 7º y 8º de la Ley 17 de 1970.

IV.1.- La Sala procede a examinar en primer lugar los cargos formulados contra el artículo 1º del Decreto 870 en mención.

Preceptúa el inciso 2º del artículo 91 de la Ley 38 de 1989:

"En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara".

A través de este precepto se determina, de manera expresa, que la facultad para ordenar los gastos en el Congreso Nacional de la República la ejercerán por separado las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. Esto es, radicó dicha función en la Comisiones de la Mesa de cada una de las Cámaras.

El artículo 1º demandado, reza:

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 91 de la Ley 38 de 1989, las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ordenarán el gasto, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del Presidente del Senado o de la Cámara, según el caso".

Del contenido de la norma transcrita se deduce que el artículo 1º enjuiciado lo que hace es reafirmar, en concordancia con la norma legal que reglamenta, la competencia para ordenar el gasto que tienen las Mesas Directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. Ahora, el hecho de que dicha competencia se ejerza a través de, es decir, por conducto de cada uno de los Presidentes, en manera alguna implica la pérdida de tal atribución. Simplemente se consagra un mecanismo para hacer más expedito el ejercicio de la función ordenadora del gasto. No aprecia, en consecuencia, la Sala, la violación de este precepto como tampoco que el Gobierno Nacional haya excedido la potestad reglamentaria.

En cuanto a la pretensa transgresión del artículo 7º de la Ley 17 de 1970, mediante el cual se fija la composición de la Comsión de la Mesa de cada Cámara, no se observa la existencia de contradicción alguna dado que el artículo 1º enjuiciado, además de mantener la gestión ordenadora del gasto

en las multicitadas Mesas Directivas, como ya se expresó anteriormente, no varía la constitución legal de éstas ni está asimilando dichas Mesas con el Presidente de las mismas, como lo pretende el demandante.

En cuanto al cargo frente al artículo 8º de la Ley 17 de 1970, la Sala se abstiene de analizarlo, puesto que el actor omitió expresar el concepto de violación respectivo.

IV.2.- Respecto del parágrafo del artículo 1º acusado, la Sala observa lo siguiente:

Reza dicho parágrafo:

"Las Mesas Directivas de Senado y Cámara podrán delegar, mediante resolución, la función ordenadora, en el Primer Vicepresidente o Segundo Vicepresidente de acuerdo con las necesidades de cada corporación".

Cuando el parágrafo transcrito autoriza a las Mesas Directivas del Senado y de la Cámara para que deleguen la función ordenadora del gasto en el Primer Vicepresidente o Segundo Vicepresidente, está contrariando abiertamente el inciso 2º artículo 91 de la Ley 38 de 1989, toda vez que este precepto no contempla la posibilidad de que opere tal modalidad de transferencia de función. Si esa hubiera sido la voluntad del legislador, lo hubiera hecho expresamente, como en efecto lo hizo el mismo artículo al autorizar a los Ministros, Jefes -hoy Directores según la nueva Carta- de Departamento Administrativo y a las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos para que delegaran dicha función.

La violación enunciada apareja la del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución de 1886 y justifica que se declare la nulidad del parágrafo sub-exámine.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del parágrafo del artículo 1º del Decreto 870 de 26 de Abril de 1989, expedido por el Gobierno Nacional.

Deniéganse las súplicas restantes.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PATENTE DE INVENCION/ DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial en el *sub-judice* presta mérito probatorio suficiente dado que, de una parte, no fue objeto de aclaración ni objeción por error grave, y, de la otra, sus fundamentaciones son serias y convincentes. Por ello la Sala lo acoge, lo cual le permite concluir que al haber quedado desvirtuado el argumento que tuvo la administración para negar la solicitud de patente de la actora, por carecer de novedad, se infringieron los artículos 1o. y 2o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. DECRETA LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 007716 de 18 de julio de 1985, 002197 de 22 de marzo de 1988 y 5304 de 6 de junio de 1990, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente Nº. 1838. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actor: Societe D´etudes Scientifiques et Industrielles De L´ile - De France

La actora SOCIETE D´ETUDES SCIENTIFIQUES ET INDUSTRIELLES DE L´ ILE - DE FRANCE, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

I.- PETITUM

a.): Que es nula la Resolución número 007716 de 18 de Julio de 1.985, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se negó la solicitud de patente de invención consistente en: "PROCESO PARA LA PREPARACION DE N- (1- METIL -2 PIRROLIDINILMETIL)- 2,3- DIMETOXI -5 METIL SULFAMOIL BENZAMIDA Y DE SUS DERIVADOS, UTILES EN EL TRATAMIENTO DE DESORDENES EN EL APARATO URINARIO INFERIOR".

b.): Que es nula la Resolución número 002197 de 22 de Marzo de 1.988, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual no se repone la Resolución 007716 y se concede el recurso de apelación ante el Ministerio de Desarrollo Económico.

c.): Que es nula la Resolución número 5304 de 6 de Junio de 1990, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se revoca el artículo 3o. de la Resolución número 002197 que había concedido el recurso de apelación, y se declara agotada la vía gubernativa.

d.): Que con fundamento en las declaraciones anteriores se restablezca el derecho de la demandante, concediendo la patente de invención solicitada, según descripción y reivindicaciones que obran en el expediente número 185.830 y se ordene al Superintendente de Industria y Comercio la expedición del correspondiente certificado de patente y la publicación en la Gaceta de Propiedad Industrial, para los efectos pertinentes.

II.- CAUSA PETENDI

Para fundamentar sus pretensiones, la demandante afirma que se han violado los artículos 1o, 2o., y 20 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; 29 de la Constitución Nacional de 1.886; 4o. del C. de P.C.;2o., 3o. y 35 del C.C.A.

Los cargos pueden resumirse así:

Primer Cargo:

Se violaron los artículos 1o. y 2o. de la Decisión 85 porque, de conformidad con dichas normas, la administración tiene la obligación de conceder patente de invención para las nuevas creaciones susceptibles de aplicación industrial, salvo las excepciones de patentabilidad consagradas en la ley. La Superintendencia de Industria y Comercio adujo la falta de novedad de la invención tramitada bajo el expediente número 185.830, acogiendo, sin reserva alguna, el único informe técnico de fondo rendido durante el trámite correspondiente, el cual es equivocado, lo que hace que los actos acusados adolezcan de falsa o errónea motivación.

Se dictaminó, sin fundamento, que la invención no era nueva, en razón de que en la práctica de la química orgánica existen reacciones equivalentes, lo que no es cierto, ya que las reacciones utilizadas en la solicitud denegada proporcionan productos novedosos, aplicables industrialmente, que utilizan puntos de partida o materias primas nunca antes empleadas en este tipo de reacciones, que aunque genéricamente conocidas, de los reactivos específicos se obtienen productos novedosos y útiles.

Aún cuando la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena no define que es una invención, sin embargo, doctrinariamente se le da categoría de invención a la nueva aplicación de medios conocidos para la obtención de un resultado diferente, lo que hace que se considere como invención la nueva aplicación de medios, que, aunque de suyo conocidos, se emplean con novedad, trasladándose en consecuencia al requisito novedad a la aplicación e independizando este concepto del de medio intrínsecamente considerado.

En conclusión, el invento de que trata la solicitud número 185.830, cubre un procedimiento nuevo, consistente en una nueva aplicación de medios que conduce a la obtención de un resultado no antes logrado, y, ninguno de los antecedentes que obran en el expediente indican que dicho procedimiento se hubiere hecho accesible al público con anterioridad a la fecha de presentación de la referida solicitud en Colombia (8 de Octubre de 1.979), por lo cual se ha debido conceder la patente.

Segundo cargo:

Se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional de 1.886, columna vertebral de nuestro sistema jurídico, por cuanto no es pues, como lo pretende la Superintendencia de Industria y Comercio, que el derecho a impugnar las resoluciones administrativas, reemplaza o suple el de controvertir pruebas o allegarlas antes de que se produzca el acto administrativo que decide el fondo de la materia del proceso, sino que dentro de una misma norma constitucional se han consagrado dos derechos diferentes, ninguno de los cuales elimina al otro, y, en el presente caso, el Concepto Técnico número P 308 de 28 de Marzo de 1.984, en que se fundamenta el rechazo de la solicitud, no fue jamás notificado al peticionario, por lo cual éste no pudo desvirtuar la opinión equivocada del examinador de patentes sobre la falta de novedad, como tampoco pudo controvertir las pruebas allegadas en su contra, ni allegar las suyas, lo que le hubiera permitido evitar la expedición de los actos acusados.

Además, está equivocada la Superintendencia cuando afirma que la Decisión 85 no establece el traslado al peticionario del concepto técnico desfavorable, ya que dicho traslado es obligatorio por mandato constitucional, porque tal Decisión no regula procedimientos sino derechos sustanciales relativos a la Propiedad Industrial.

Tercer cargo:

Se vulneró el artículo 4o. del C. de P.C., dado que es evidente que la interpretación equivocada de una norma procesal, como en el presente caso, le impidió al inventor argumentar en favor de su invención, haciendo que un derecho sustancial consagrado constitucional y legalmente fuera denegado injustamente.

Cuarto cargo:

Se quebrantó el artículo 2o. del C.C.A., por cuanto la equivocada interpretación del procedimiento impidió que se hiciera efectivo un derecho reconocido por la ley: el de patentar un invento nuevo industrialmente aplicable.

Quinto cargo:

Se infringió el artículo 3o. *ibídem*, ya que el rechazo de la solicitud tramitada en el expediente número 185.830 se hizo de manera unilateral, sin que el solicitante hubiera tenido la oportunidad de conocer y de controvertir el concepto técnico con fundamento en el cual se produjo dicho rechazo.

Sexto cargo:

Se transgredió el artículo 35 del C.C.A. por cuanto el peticionario no tuvo, con anterioridad a la adopción de la decisión correspondiente, la oportunidad de expresar sus opiniones, es decir, éste no fue oído, lo cual es trascendental dado que son los autores del invento quienes mejor lo conocen en todas sus implicaciones y pueden dar las explicaciones que los examinadores necesitan para su veredicto.

Séptimo cargo:

Se violó el artículo 20 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ya que si esta norma habla de un examen definitivo, debe existir otro que no lo sea, y es éste el que debe ponerse en conocimiento del peticionario, en caso de que fuere desfavorable o parcialmente favorable, con el objeto de que los examinadores puedan conocer sus argumentaciones y rendir el examen definitivo que le permita a la Superintendencia de Industria y Comercio expedir la Resolución concediendo o rechazando la solicitud.

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 y alegaciones.

Se tuvo como parte demandada a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, la cual no obstante haber sido notificada personalmente del auto admisorio de la demanda, no dio contestación a la misma, haciendo solamente uso del derecho a alegar de conclusión.

La actora alegó de conclusión ratificando los puntos planteados en la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1.- Como quiera que los argumentos que sirven de fundamento a los cargos 2o., 3o., 4o., 5o., 6o y 7o, por violación de los artículos 29 de la Constitución Nacional de 1.886, 4o. del C. de P.C.; 2o. 3o. y 35 del C.C.A. y 20 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, guardan una estrecha relación entre sí, la Sala procede a su estudio en forma conjunta.

El soporte de dichos cargos descansa en el hecho de que en el trámite administrativo que se adelanta ante la Superintendencia de Industria y Comercio, para efectos de la solicitud de patente de invención, según la actora, debe darse a conocer del interesado el resultado de un primer examen que le permita a éste controvertir los argumentos del examinador expresados en el concepto técnico, para allegar o pedir las pruebas que sean del caso, dado que las normas de la Decisión 85 son solamente de carácter sustancial.

Al respecto, observa la Sala, que no le asiste razón a la demandante. En efecto, de la lectura atenta de los artículos: 11, que regula los requisitos que debe contener la solicitud de patente; 12, que se refiere a los anexos que se deben acompañar a la misma; 14 a 20, que establecen: el examen que debe realizar la oficina nacional competente sobre la solicitud; el plazo de sesenta días hábiles para que el peticionario corrija las irregularidades de la solicitud señaladas por la entidad; la orden de publicación del extracto; y el plazo de noventa días hábiles siguientes a tal publicación para que cualquier persona pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención, se infiere que en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no sólo hay normas de carácter sustancial sino, como se acaba de ver, de carácter procedimental que regulan íntegramente la materia, y en dichas normas, por parte alguna se establece que haya que practicar un examen técnico previo al definitivo, el cual deba conocer el peticionario. El examen preliminar, de acuerdo con el texto de los artículos 14 y 15, recae sobre la solicitud en cuanto a sus requisitos formales; y el definitivo versa sobre el objeto de la invención, y se hace a través del grupo Técnico, al cual corresponde dictaminar sobre este aspecto. Por estas razones no prosperan los cargos relacionados ab initio de estas consideraciones.

IV.2.- Conforme a lo expresado por la actora, los actos acusados vulneran los artículos 1o. y 2o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, habida cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio

para denegar el otorgamiento de la patente se fundamentó en la carencia de novedad de la invención.

Del texto de la Resolución número 00716 de 18 de Julio de 1985 (folios 5 a 6 cuaderno número 1), confirmada por las Resoluciones números 002197 de 22 de Marzo de 1988 y 5304 de 6 de Junio de 1990 (folios 15 a 17 y 26 a 27 *ibídem*), se deduce que la entidad se basó en el concepto técnico número 308 de 28 de Marzo de 1984, a través del cual los examinadores de la Oficina de Patentes adujeron que la invención objeto de la solicitud no puede considerarse como nueva, por existir las siguientes anterioridades:

1. QUIMICA ORGANICA-FUNDAMENTOS Y PROBLEMAS - XORGE DOMINGUEZ- MEXICO 1975, y,

2. ORGANIC ADMINISTRY AND AVANCED TREATISE-VOLUMEN 1- 2a. EDICION NEW YORK 1943.

Que lo anterior determina que el mecanismo de reacción sea conocido en la Química Orgánica, y de acuerdo con el inciso 3o. del artículo 20 de la Decisión 85 deba procederse a denegar la solicitud.

Para establecer si el proceso objeto de la invención constituye o no una novedad, esta Corporación, a solicitud del apoderado de la demandante, decretó la prueba pericial, en la cual los expertos dictaminaron (folios 182 a 189 cuaderno no. 1):

1.- En relación con el cuestionario presentado por la actora, sometido a consideración de los peritos, y frente a la pregunta IV (folio 184), en el sentido de si en el índice de materias del texto "ORGANIC CHEMISTRY AN ADVANCED TREATISE", bajo el título de Contents (contenidos), volumen 1, se consideran específicamente las Aminas y los Acidos Orgánicos, respondieron los peritos:

> "...Si bien se consideran generalidades de las aminas y de los ácidos orgánicos, no se habla ni específicamente ni mucho menos en profundidad de ellos. Desde luego, no se consideran ni los reactantes ni el producto objeto de la petición de patente..." (folio 185).

2.- A la pregunta V, sobre si en dicho índice de materias se tratan específicamente las reacciones entre las aminas y los ácidos orgánicos, contestaron los peritos:

"COMENTARIO: No se tratan". (folio 185).

3.- En cuanto a la pregunta VIII (folio 186) de si en el texto "QUIMICA ORGANICA - FUNDAMENTOS Y PROBLEMAS" de Xorge Domínguez,

aparece la reacción que presenta el concepto técnico 308 de Marzo de 1984, manifestaron los peritos:

"COMENTARIO: No, no aparece." (folio 186).

4.- En torno a la pregunta IX (folio 186): "Digan los peritos Sí o NO, si de acuerdo con los antecedentes que obran dentro del presente proceso, *el compuesto N- (1-metil -2 pirrolidinilmetil)- 2,3-dimetoxi-5 metilsulfamoil-benzamida, o su óxido, sales de adición, sales cuaternarias de amonio, y los isómeros levorotatorios y destrorotatorios obtenidos por la reacción del ácido 2, -3 dimetoxi -5-metil sulfamoil- benzoico con la 1-metil- 2 aminometil - pirrolidina* eran nuevos para la fecha de presentación de la solicitud, tramitada en el expediente número 185.830, es decir, para el *8 de octubre de 1979*", adujeron los peritos, luego de consultar una extensa bibliografía (folios 186 a 187):

"COMENTARIO: ...De modo que conceptuamos que el compuesto N-(1- metil- 2 pirrolidinilmetil)-2,3 dimetoxi- 5- metilsulfamoil- benzamida, es realmente una innovación, pues creemos que la bibliografía consultada es verdaderamente representativa del tema químico mencionado." (folio 187)

5.- Y, finalmente, al referirse a la pregunta XVI (folio 188): "Digan los peritos SI o NO, si en el caso que nos ocupa (Expediente número 185.830), al igual que en los contemplados en los citados expedientes 158.941, 150.405 y 150.406, se utiliza, un procedimiento clásico conocido, que acredita su novedad mediante la utilización de reactivos específicos conocidos en sí mismos pero nunca antes combinados en la forma descrita en dicho caso, y que producen un resultado totalmente nuevo", manifiestan los peritos:

"COMENTARIO: Ya se mencionó, especialmente en el numeral IX, cómo los procedimientos clásicos son conocidos, en cuanto se refiere a la formación de estas amidas, pero que el producto obtenido según el procedimiento descrito en el expediente número 185.830 constituye una innovación. El hecho de que en (8) se indique que ciertas amidas tienen propiedades bacteriostáticas (características que también posee el producto del invento que nos ocupa), no le resta novedad al nuevo producto obtenido. Precisamente, su calidad bacteriostática es la que lo hace susceptible de aplicación industrial." (folio 189).

El dictamen pericial al que se ha hecho referencia, presta mérito probatorio suficiente dado que, de una parte, no fue objeto de aclaración ni objeción por error grave, y, de la otra, sus fundamentaciones son serias y convincentes. Por ello la Sala lo acoge, lo cual le permite concluir que al haber quedado desvirtuado el argumento que tuvo la administración para negar la solicitud de patente de la actora, por carecer de novedad, se

infringieron los artículos 1o. y 2o. de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y, por ende, deberán prosperar las pretensiones de la demanda declarando nulos los dos primeros actos acusados y siguiendo la misma suerte el tercero por formar parte de la misma actuación administrativa.

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

FALLA:

1o): Se declara la nulidad de las Resoluciones números 007716 de 18 de Julio de 1985, 002197 de 22 de Marzo de 1988 y 5304 de 6 de Junio de 1990, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

2o): Como consecuencia de lo anterior se ordena a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio proceder al otorgamiento de la patente de invención consistente en "PROCESO PARA LA PREPARACION DE N- (1- METIL-2- PIRROLIDINILMETIL)- 2,3- DIMETOXI -5-METIL SULFAMOIL BENZAMIDA Y DE SUS DERIVADOS, UTILES EN EL TRATAMIENTO DE DESORDENES EN EL APARATO URINARIO INFERIOR", según descripción y reivindicaciones que obran en el expediente número 185.830, en favor de SOCIETE D'ETUDES SCIENTIFIQUES ET INDUSTRIELLES D L 'ILE - DE FRANCE, y a la expedición del correspondiente certificado de patente.

3o): Publíquese esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

4o). Tiénese al doctor Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, como apoderado de la Nación- Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos y para los efectos del poder que le ha sido conferido (folio 91 cuaderno 1).

5o): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones/ **VIGILANCIA EDUCATIVA/ DESCONCENTRACION DE FUNCIONES/ SECRETARIO DE EDUCACION DEPARTAMENTAL**-Facultades/ **MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL/ LEGITIMACION POR PASIVA**

Si la facultad de reglamentar, dirigir e inspeccionar la educación (instrucción pública) correspondía, como corresponde actualmente, al Presidente de la República, ello significa que es una función del Poder Central. Dado el carácter de la función, lo que hace el Presidente de la República a través del Decreto 1657 de 1978 es otorgar funciones, que le son propias, a los Secretarios de Educación de los Departamentos para que las ejerzan a su nombre. Es decir, lo que establece dicho Decreto es un fenómeno jurídico que la Doctrina denomina Desconcentración Administrativa Territorial por Delegación y que opera a nivel de la Centralización. Los Secretarios de Educación de los Departamentos, en desarrollo de las facultades que les confiere el Decreto 1657 de 1978, no ejercitan función que corresponda a los Departamentos como entidades territoriales sino que actúan como agentes del Poder Central: del Presidente de la República. La responsabilidad que por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se puede alegar y demostrar corresponde a la persona jurídica Nación, representada en este asunto por el Ministerio de Educación Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctor` Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente No. 2015. Consulta de la sentencia de 20 de Enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. Actora: Corporación Educativa Centro de Desarrollo.

El Tribunal Administrativo de Bolívar ha enviado a esta Corporación en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia de 20 de Enero de 1992, dictada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Corporación Educativa Centro de Desarrollo de Recursos Humanos, contra el Departamento de Bolívar.

A la consulta se le imprimió el trámite previsto en el artículo 184 del C.C.A., en desarrollo del cual se corrió traslado a las partes por el término común de cinco (5) días para que presentaran sus alegatos por escrito, no habiendo intervenido ellas.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La Corporación Educativa Centro de Desarrollo, por medio de apoderado, presentó demanda tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones:

1o): Se decrete la nulidad de los siguientes actos: a): la Resolución No. 182 de 7 de Noviembre de 1985, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar, que le canceló la licencia de iniciación de labores; y b): El acto Administrativo presunto configurado por vía de silencio administrativo negativo, por el cual se resolvió por omisión confirmar la Resolución No. 182 antes mencionada.

2o): Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Departamento de Bolívar a pagarle: a): El valor de los perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante, generados por la imposibilidad de continuar con su objeto social, lo cual se tradujo en que dejara de recibir los dineros estimados como recursos ordinarios y que incumpliera distintas obligaciones de tipo bancario; y b): Los perjuicios de orden moral sufridos por la pérdida de su buena imagen ante la sociedad al verse obligada a cerrar actividades.

3a): Que las condenas en dinero que se impongan se hagan con los ajustes previstos en el artículo 178 del C.C.A.

I.2.- Como normas violadas por los actos acusados se invocan en la demanda los artículos 16,17,20,26,30 y 41 de la Constitución de 1886, 17 y 18 literales b) y c) del Decreto 1657 de 1978, 337 del Decreto Ley 1222 de

1986, 3o., 14, 28, 33 a 36, 40 y 47 del Decreto Ley 01 de 1984. El concepto de violación se explica a folios 6 a 11.

I.3.- Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiendo culminado la primera instancia con la expedición de la sentencia, que es objeto de la consulta.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar en la sentencia de 20 de Enero de 1992, dispuso lo siguiente:

"1o): Se declara no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa -de caducidad, corrige la Sala.-

2o): Declárase la nulidad de la Resolución No. 182 de 7 de Noviembre de 1985, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Departamento de Bolívar, por la cual se le cancela la licencia de iniciación de labores concedida al Centro de Desarrollo de Recursos Humanos.

3o): Declárase la nulidad del acto administrativo negativo presunto, por el cual por vía de omisión se confirmó la Resolución citada en el numeral anterior de esta sentencia.

4o): Como consecuencia de las nulidades anteriores, se restablecerá en sus derechos a la Corporación Centro de Desarrollo de Recursos Humanos, en la siguiente forma: El Departamento de Bolívar pagará a la demandante el valor que se estime posteriormente mediante el trámite incidental previsto en los artículos 135, 136 y 137 del C. de P.C., teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte considerativa de esta sentencia.

5o): Esta sentencia se cumplirá dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A., y el monto de la condena devengará intereses conforme lo previsto en el artículo 177 del Código citado.

6o): Se deniegan las demás peticiones de la demanda.".

La decisión enunciada aparece fundamentada así:

1.- En relación con la excepción de caducidad planteada por el señor Fiscal del Tribunal, la consideró no probada dado que: la Resolución No. 182 de 7 de Noviembre de 1985 no fue notificada personalmente ni por edicto a la parte interesada; ésta, por medio de apoderado, en escrito de 13 de Febrero de 1986 se dio por notificada e interpuso recurso de apelación contra la misma ante la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación de

Bolívar y como dicho recurso no fue resuelto en forma expresa por la Administración se presentó la figura del silencio administrativo negativo y mientras la Administración no resuelva no opera el fenómeno de la caducidad.

2.- En relación con el fondo del asunto, razonó, en esencia, así:

Aunque el Decreto 1657 de 1978, citado en el acto demandado, no determina por qué medio probatorio se deben constatar las causales b y c del artículo 18 para la pérdida de la licencia de funcionamiento, es obvio que por cualquiera de los medios legales se debe llegar a tal comprobación.

La Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar actuó en el asunto que nos ocupa de manera poco técnica y en forma apresurada, sin sujeción a lo preceptuado por la Constitución Nacional y las leyes.

Dicha Secretaría debió confirmar si eran ciertos o no los cargos que se le hicieron al Centro de Desarrollo y luego hacerlo parte en la actuación para así no violar el derecho de defensa, dándole la oportunidad de descargarse.

No se pueden imponer sanciones a personas naturales o jurídicas con el desconocimiento del principio universal del debido proceso, consagrado en el artículo 26 de la derogada Constitución de 1886 y en la actual, en su artículo 29, el cual en su encabezamiento estatuye: " El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye, que la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar violó la Constitución y la ley en lo relativo al debido proceso y al derecho de defensa al producir el acto demandado sin comprobar la existencia de las causales para la pérdida de la licencia de iniciación de labores por parte del Centro de Desarrollo y sin darle la oportunidad a dicho plantel de defenderse del cargo que hicieron contra él los estudiantes, por lo cual, sin necesidad de hacer otras disquisiciones y sin estudiar los otros cargos de violación debe declararse la nulidad de la Resolución No. 182 de 7 de noviembre de 1985 y del acto administrativo negativo que la confirmó.

En lo tocante al restablecimiento del derecho y en particular sobre la determinación de los perjuicios sufridos por la actora considera el Tribunal que el dictamen pericial recaudado en el proceso no era claro, preciso y firme en sus fundamentos, por lo cual lo desestimó. Por tal razón, llegó a la conclusión que no era posible una condena en concreto y dispuso, en su lugar, una condena in genere en materia de perjuicios materiales, sujeta a las siguientes bases:

1) Daño Emergente: Constituido por el margen de rentabilidad o beneficio a este tipo de entidades, sobre la base de ingresos brutos.

Para llegar a esta demostración, la parte demandante debe probar, por cualquier medio idóneo, el número de alumnos matriculados en el Centro de Desarrollo de Recursos Humanos para la época en que le fue cancelada su licencia de iniciación de labores (7 de noviembre de 1985). La suma que resulte se actualizará teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que originaron la presente demanda (7 de noviembre de 1985) y el vigente para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

2) Lucro Cesante. A título de lucro cesante se le reconocerán los intereses legales del 6% anual desde el 7 de noviembre de 1985 hasta la ejecutoria de la sentencia; de la suma que resulte probada como daño emergente".

Por último, sobre los perjuicios morales solicitados en la demanda, por la pérdida de la buena imagen ante la sociedad, el Tribunal considera que los daños de esa índole deben demostrarse en el proceso y tal comprobación no se dio en el presente caso.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

A través de la sentencia consultada se decretó la nulidad de la Resolución número 182 de 7 de Noviembre de 1985, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar, que canceló la licencia de iniciación de labores a la demandante, como del acto presunto negativo que operó frente al recurso de apelación por ella interpuesto, y a manera de restablecimiento del derecho se condenó in genere al Departamento de Bolívar al pago de perjuicios materiales a la demandante.

La Sala considera que en el caso *sub judice* se hace necesario esclarecer si se justificó la sentencia de mérito que profirió el Tribunal a quo, y más concretamente si se satisfizo un presupuesto material para ello, como es la existencia de legitimación en la causa de la entidad demandada: el Departamento de Bolívar.

En orden a ello, la Sala observa:

1.- La Resolución número 182 de 7 de Noviembre de 1985 fue expedida por la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar, con fundamento en las facultades que le confieren los artículos 8o., 10o. y 18 del Decreto 1657 de 4 de agosto de 1978.

2.- El Decreto 1657 de 4 de Agosto de 1978, fue expedido por el Presidente de la República con base en las atribuciones que le confería el ordinal 12 del artículo 120 de la Constitución de 1886, vigente a la sazón, para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

Este Decreto tiene el carácter de Reglamento Constitucional, pues implicaba el ejercicio de un poder reglamentario que la citada Constitución le confería al Presidente de la República para desarrollarla en esa materia con prescindencia e independencia de la ley. Es bueno advertir que tal situación cambió en la nueva Carta pues, según su artículo 189 ordinal 21, la inspección y vigilancia de la enseñanza debe ejercerse conforme a la ley.

3.- Si la facultad de reglamentar, dirigir e inspeccionar la educación (instrucción pública) correspondía, como corresponde actualmente, al Presidente de la República, ello significa que es una función del Poder Central.

4.- Dado el carácter de la función, lo que hace el Presidente de la República a través del Decreto 1657 de 1978 es otorgar funciones, que le son propias, a los Secretarios de Educación de los Departamentos para que las ejerzan a su nombre. Es decir, lo que establece dicho Decreto es un fenómeno jurídico que la Doctrina denomina Desconcentración Administrativa Territorial por Delegación y que opera a nivel de la Centralización.

5.- Significa lo precedente que los Secretarios de Educación de los Departamentos, en desarrollo de las facultades que les confiere el Decreto 1657 de 1978, no ejercitan función que corresponda a los Departamentos como entidades territoriales sino que actúan como agentes del Poder Central: del Presidente de la República.

6.- Si, como se ha visto, la función administrativa en referencia está radicada en cabeza del Presidente de la República, la responsabilidad que por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pueda alegar y demostrar corresponde a la persona jurídica Nación, representada en este asunto por el Ministro de Educación Nacional, en los términos del artículo 149 del C.C.A., en concordancia con el Decreto Ley 88 de 1976.

7.- Es, por consiguiente, la Nación la legitimada en la causa por pasiva en el caso sub judice y no el Departamento de Bolívar.

De lo antes enunciado se colige que la carencia del aludido presupuesto material impide que se pueda proferir fallo de fondo y es razón potísima para que así se declare y se revoque la sentencia consultada.

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

FALLA :

1o.- Revócase la sentencia consultada de 20 de Enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y, en su lugar, declárase inhibido

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

de decidir sobre el fondo del asunto por carencia de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar.

2o.- Condénase en costas a la parte demandante. Tásense por el Tribunal.

3o.- Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase este expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que esta providencia fue leída y discutida en sesión del día veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ CREDITO ADICIONAL/ GOBERNADOR-Facultades

Como el artículo 72 de la Ordenanza No. 07 de 1990 de la Asamblea Departamental de Santander faculta al Gobernador para efectuar créditos adicionales mediante Decreto, cuando está en receso la Asamblea, el decreto acusado, en que se ejercita dicha atribución, en principio, está ajustado a la Ley 38 de 1989 y no aparece, de consiguiente, en forma manifiesta la violación de las normas constitucionales alegadas por el actor. REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto No. 0092 de 4 de mayo de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Santander.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente No. 2133. Recurso de apelación contra el auto de 21 de Julio de 1992, del Tribunal Administrativo de Santander. Actor: Aquiles Torres Breton.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado del Departamento de Santander contra el auto de 21 de Julio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto en su punto 2o. dispuso decretar la suspensión provisional del Decreto número 0092 de 4 de Mayo de 1992 "Por el cual se efectúan créditos adicionales al

Presupuesto General del Departamento de la actual vigencia", expedido por el señor Gobernador del mencionado Departamento.

I.- EL AUTO RECURRIDO

Para decretar la suspensión provisional del Decreto acusado el Tribunal *a-quo* razonó, en esencia, así:

Al confrontar los artículos 345, 352 y 305 numeral 1o. de la Constitución Política con el Decreto número 0092 de 4 de Mayo de 1.992, de la Gobernación de Santander, se colige que la facultad de decretar créditos adicionales al Presupuesto General del Departamento vigente le compete a la Asamblea Departamental y no al Mandatario Seccional, menos aún basándose en preceptos como los artículos 28 literal a numeral 3o. y 30 literal a numeral 4o. del Código Fiscal de Santander, que son contrarios e incompatibles con la prohibición constitucional en plena vigencia que no permite que el ordenamiento del gasto del Departamento se haga por norma diferente a las ordenanzas.

Los mandatos constitucionales enunciados priman sobre cualquiera otra disposición de inferior jerarquía y son a los que debe someterse la función pública.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para impetrar la revocatoria de la medida precautoria, el señor apoderado del Departamento de Santander arguye, principalmente, lo siguiente:

1o): El artículo 352 de la Constitución entrega a la ley la reglamentación del manejo de los Presupuestos de los Departamentos. Mientras el Congreso dicte esa Ley Orgánica del Presupuesto, continúa vigente el actual Estatuto Presupuestal de la Nación, la Ley 38 de 1989, la cual ordena en su artículo 94: "Las entidades territoriales de los órdenes departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal, en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales, deberán seguir principios análogos a los contenidos en la presente ley.".

2o): La Asamblea de Santander, con base en el anterior precepto legal, expidió la Ordenanza número 07 de 27 de octubre de 1989, que es el Estatuto de Presupuesto del citado Departamento, el cual en su artículo 72 estatuyó "....no estando reunida la Asamblea, el Gobierno efectuará por Decreto los traslados y créditos adicionales, previo concepto favorable del Consejo de Gobierno..." Esta norma se incorporó al Código Fiscal (Decreto Departamental 0601 de 1989) en el artículo 102.

Dicho Código en el artículo 30 literal a numeral 4o. señaló como función del Gobernador la de "mediante decreto efectuar los traslados y créditos adicionales".

3o): El artículo 66 de la Ley 38 de 1989 prevé a nivel nacional que "...no estando reunido el Congreso, el Gobierno efectuará por decreto los traslados y créditos adicionales, previo concepto favorable del Consejo de Ministros...".

4o): No se requiere un esfuerzo mental para concluir que la Asamblea de Santander, atendiendo la Ley 38 de 1989, sentó un principio presupuestal en el Departamento, análogo al fijado por el Congreso para el Gobierno Nacional, que le permite al Gobernador efectuar tratados y créditos adicionales al Presupuesto Departamental estando en receso la Asamblea.

5o): La Ordenanza número 16 de 1991, que es el Presupuesto General del Departamento de Santander para la vigencia fiscal del 1o. de Enero al 31 de Diciembre de 1992, en su artículo 47 facultó al Gobierno "para hacer las operaciones presupuestales y ajuste (adiciones o traslados) necesarios para la incorporación al presupuesto de ingresos y gastos no calculados" en dicha Ordenanza.

De lo expuesto se deduce que el Decreto demandado, lejos de ser inconstitucional, se expidió con sujeción estricta a las normas antes mencionadas, razón por la cual debe revocarse la decisión apelada.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las censuras que formula el señor apoderado del Departamento de Santander contra la medida precautoria recurrida son atendibles por las siguientes razones:

1o): La Ley 38 de 1989, que es el actual Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, con miras a establecer uniformidad en materia normativa presupuestal, estableció en su artículo 94 que las entidades territoriales en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales deben seguir principios análogos a los contenidos en dicho Estatuto.

2o): La nueva Constitución le dio rango constitucional a dicha orientación normativa, pues estatuyó que la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo relativo a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel (artículo 352). Igualmente estableció que los principios y disposiciones establecidos en el título XII: Del Régimen Económico y de la Hacienda Pública, se aplicarán, en lo que fuere pertinente,

a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos (artículo 353).

3o): Como todavía no se ha expedido la Ley Orgánica, mantiene su vigencia la Ley 38 de 1989, la cual en su artículo 66 autoriza al Gobierno para efectuar por decreto los traslados y créditos adicionales cuando está en receso el Congreso.

4o): Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 94 de la precitada ley, que obliga a los Departamentos a consignar en sus Estatutos Presupuestales principios análogos a los de la misma, la Asamblea Departamental de Santander expidió la Ordenanza número 07 de 27 octubre de 1989, que es el Estatuto Presupuestal, en la cual se consagró en su artículo 72 que "no estando reunida la Asamblea, el Gobierno efectuará por Decreto los traslados y créditos adicionales, previo concepto favorable del Consejo de Gobierno".

5o): Como la norma últimamente citada faculta al Gobernador para efectuar créditos adicionales mediante Decreto, cuando está en receso la Asamblea, el Decreto acusado, en que se ejercita dicha atribución, en principio, está ajustado a la Ley 38 de 1989 y no aparece, de consiguiente, en forma manifiesta la violación de las normas constitucionales alegadas por el actor, pues éstas, como ya se dijo, tienen la misma orientación que dicha Ley.

Debe, pues, la Sala revocar el decreto de suspensión provisional y disponer, en su lugar, su denegatoria.

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

RESUELVE:

1o): Se revoca el punto 2o. del auto de 21 de Julio de 1992, del Tribunal Administrativo de Santander, que decretó la suspensión provisional del Decreto número 0092 de 4 de Mayo de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento de Santander, y, en su lugar se dispone: denegar la suspensión provisional del referido Decreto.

2o): Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión del día veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SECCION SEGUNDA

EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL- Régimen Prestacional/ **CONGRESO/ COMPETENCIA**

El artículo 197 numeral 3o. de la Constitución Nacional de 1886 facultaba a los concejales municipales para fijar la remuneración de las distintas categorías de empleo, pero guardaba silencio con relación al régimen de prestaciones sociales de los empleados del orden municipal, lo que significa que según el artículo 76 numeral 10 de la Constitución Nacional de 1886 era el Congreso el competente para establecer el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos al servicio de las entidades territoriales .

INSUBSISTENCIA

Los actos proferidos en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción no requieren motivación. En el ejercicio de la facultad discrecional existe una presunción legal, según la cual, el acto se profiere en áreas del interés general y en orden a una mejor prestación del servicio luego no es necesario que la administración exprese sus motivos. Esta presunción que es "*juris tantum*" admite prueba en contrario, pero la carga de la prueba corresponde siempre a quien controvierte su legalidad. De manera que la sola ausencia de motivación no es causal de nulidad del acto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3478. Recurso de apelación. Actor: Daniel Enrique Muñoz Vallejo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de diciembre de 1987 pronunciada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por DANIEL ENRIQUE MUÑOZ VALLEJO, contra el Municipio de Cali.

ANTECEDENTES

1o). El demandante en ejercicio de la acción denominada a la sazón, de plena jurisdicción, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

1a. Que se decrete la anulación de la Resolución No. 05 de febrero 3 de 1983 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de mi representado como Jefe de la división de Bienes Fiscales y Contratos de la Personería Municipal de Cali -V.-, por ser violatoria de la constitución, las leyes, y, Decretos de la Nación;

2a. Que, como consecuencia natural y lógica , mi representado debe ser reintegrado a su cargo por no ajustarse la Resolución a los preceptos legales de nuestro estatuto jurídico administrativo;

3a. Que, como consecuencia del restablecimiento del derecho lesionado, el Tesoro Municipal está obligado a pagar al señor DANIEL ENRIQUE MUÑOZ VALLEJO, toda clase de daños y perjuicios, salarios dejados de devengar, aumentos presentados, primas, vacaciones, y, demás prestaciones sociales, desde el cese de sus actividades hasta su reintegro causadas por este motivo;

4a. Que se condene también, al Tesoro Municipal, al pago de la pensión por Cáncer, por el tiempo de duración, y por mensualidades vencidas, a razón de $57.012,oo (artículo 15 Decreto 0073 de enero 27 de 1983 Alcaldía Municipal de Cali-v.-) (fl. 57).

Los HECHOS fundamentales de la demanda aparecen relacionados a folios 57-58 del libelo y a ellos se hará referencia en el curso de esta providencia en lo que fuese pertinente.

Se invocaron como disposiciones violadas, los artículos 26, 162 y 145 de la Constitución de 1886; artículo 5o. de la Ley 95 de 1946; 132, 232 233 240 y 287 del Código de Régimen Político y Municipal; artículo 4o. de la Ley 165 de 1938; artículos 3o. y 26 del Decreto 2400 de 1968; artículos 18,

107 y 108 del Decreto 1950 de 1973; artículos 66, 67, 69 y 70 del antiguo Código Contencioso Administrativo; el Decreto 1660 de 1978 y el artículo 15 del Decreto 0073 de 1983 de la Alcaldía Municipal de Cali.

El concepto de violación de las normas citadas, lo desarrolla el accionante a folios 59-61 del expediente.

2o.) El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido denegó las peticiones 1a, 2a, y 3a de la demanda y accedió a la propuesta en el numeral 4a, al disponer el pago por parte de la entidad demandada de una pensión por cáncer al accionante, por la suma y durante el lapso determinado en la sentencia.

Consideró el *a quo*, en lo que respecta a la declaratoria de insubsistencia del actor, que éste podía ser desvinculado del organismo al que prestaba sus servicios en cualquier momento, como ocurrió, por ser funcionario de libre nombramiento y remoción toda vez que el goce de la licencia por enfermedad no invalida la facultad discrecional del nominador. Para acceder al reconocimiento de la pensión por cáncer, estimó que el accionante agotó la vía gubernativa en debida forma y que de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 0073 de 1983 de la Alcaldía Municipal de Cali, el actor tiene derecho a percibir la mencionada pensión.

3o.) Inconforme el accionante con la decisión del a quo interpuso recurso de apelación "en lo desfavorable, o sea, respecto a la negativa de nulidad del acto demandado y el reintegro al cargo que ejercía. Arguye el recurrente que hubo carencia de motivación del acto, en cuanto no se concretaron cuáles fueron las razones de servicio o mejora del mismo que llevaron a proferir el acto, por lo que el nominador incurrió en abuso o desviación de poder. Insiste en que el acto enjuiciado está viciado de nulidad . (fls. 176-177).

4o.) la Fiscalía Quinta de la Corporación rinde su concepto favorable a la confirmación de sentencia apelada; Considera que con base en el artículo 4o. de la Ley 89 de 1936 el personero Municipal de Cali, elegido por el Consejo Municipal de esa ciudad, estaba legalmente facultado para remover al actor , por cuanto éste desempeñaba un empleo de libre nombramiento y remoción pues no acreditó que estuviera amparado por un status de carrera o por fuero especial; en relación con la pensión por Cáncer, estima que el actor acreditó reunir los requisitos exigidos en el artículo 15 del Decreto 0073 de 1983 de la Alcaldía Municipal de Cali (fls.183-186).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

No obstante que el recurrente manifiesta que apela la sentencia " en lo desfavorable", como en el *sub-exámine* se impuso una obligación a cargo de

una entidad pública, la sentencia es consultable y, la Sala la analizará, sin limitación alguna, es decir, sin la restricción propuesta por el recurrente.

En primer término, en relación con la ilegalidad del acto por carencia de motivación, precisa la Sala que los actos proferidos en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción no requieren motivación.

En el ejercicio de la facultad discrecional existe una presunción legal, según la cual , el acto se profiere en aras del interés general y en orden a una mejor prestación del servicio, luego no es necesario que la administración exprese sus motivos. Esta presunción que es "*juris tantum*" admite prueba en contrario, pero la carga de la prueba corresponde siempre a quien controvierte su legalidad. En el caso *sub-lite*, se dice en el recurso que hubo "clientelismo" en la desvinculación del actor, pero no se aportó elemento de juicio alguno en orden a demostrar este aserto, circunstancia que debió acreditarse en forma fehaciente para que procediera la anulación del acto.

De manera que la sola ausencia de motivación no es causal de nulidad del acto acusado.

Por otra parte, el acto fue expedido en ejercicio de la facultad que al Personero Municipal le confiere el artículo 4o. de la Ley 89 de 1936 que permite a los funcionarios elegidos por los concejos municipales nombrar y remover libremente a sus empleados subalternos. Además, si al accionante no se le imputó falta disciplinaria alguna, no era del caso adelantar proceso disciplinario. Y el hecho de que un empleado público desempeñe un cargo por muchos años, no le da, per se, fuero alguno de estabilidad en el ejercicio del mismo, pues este supuesto no está previsto en ninguna norma positiva como causal de inamovilidad relativa.

En suma, los vicios imputables al acto no se probaron por lo que no se desvirtuó la presunción de legalidad que lo ampara ; por ello no procedía su anulación, como acertadamente lo determinó el a quo en el fallo recurrido.

En segundo lugar, en cuanto a la pensión por cáncer concedida en la sentencia por el *a quo*, se fundamentó el Tribunal en lo previsto en el Artículo 15 del Decreto 0073 de enero 27 de 1983 originario de la Alcaldía Municipal de Cali que otorga a los servidores del Municipio esta prestación.

Para la expedición de tal norma sin embargo, el Alcalde Municipal de Cali no tenía competencia, y ni siquiera el Concejo Municipal, pues el artículo 197 numeral 3o. de la Constitución de 1886 facultaba a los Consejos Municipales para fijar la remuneración de las distintas categorías de empleos, pero guardaba silencio con relación al régimen de prestaciones sociales de los empleados del orden municipal, lo que significa que según el artículo 76

numeral 10 de la Constitución de 1886 era el Congreso el competente para establecer el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos al servicio de las entidades territoriales.

Los Alcaldes Municipales sólo pueden entonces reconocer a los empleados municipales las prestaciones sociales que determina la ley para esos servidores; las prestaciones "extralegales", son beneficios que pueden concederse a los trabajadores oficiales, más no a empleados públicos que no pueden gozar de prestaciones sociales diferentes a las previstas por las leyes.

En la Constitución de 1991 se conservó esta facultad en el Congreso Nacional para los empleados públicos en general, como inequívocamente lo señala el literal e) numeral 19 artículo 150, que además preceptúa la prohibición absoluta de delegar esa función en las corporaciones públicas territoriales que no podrán arrogársela , según el literal f) ibídem.

De manera que ante la contradicción ostensible del Decreto 0073 de 1983 originario del Alcalde Municipal de Cali con lo preceptuado en los artículos 76 numeral 10 de la Constitución de 1886 y 150 numeral 19, literal e) de la Constitución de 1991, debe la Sala inaplicar la norma de inferior jerarquía como lo prescribe el art. 4o. de la Carta y denegar la prestación impetrada con invocación del Decreto Municipal.

En virtud de lo razonado, habrá de revocarse el fallo apelado y en su lugar, se denegarán todas las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar ,DENIEGANSE las pretensiones 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 día diez y siete (17) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro , Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/ DELEGACION DE FUNCIONES/ DESVIACION DE PODER - Improcedencia

El artículo 135 de la Constitución Nacional de 1886 facultaba al Presidente de la República para delegar ciertas funciones de las que le corresponde como suprema autoridad administrativa, en los Ministerios, Jefes de Departamento Administrativo y Gobernadores y dispone que las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. El literal b) del artículo 1o. de la Ley 202 de 1936 facultó expresamente al Presidente de la República para delegar la función de nombrar y separar los empleados nacionales con las excepciones que la propia norma establece. Las excepciones que en cuanto a nombramientos enumera el artículo 1o. del Decreto 1153 de 1978, acusado, corresponden a las propias excepciones previstas en la ley. Por este aspecto, el decreto acusado no es violatorio del artículo 135 de la Constitución Nacional de 1886, puesto que si existe ley que señale las funciones delegadas en éste. La circunstancia de que en el decreto acusado se hubiera invocado una disposición que ciertamente no era la que hacía el señalamiento exigido por la C.P., no hace anulable el acto pues lo esencial para su constitucionalidad es que hubiese la facultad legal y esa facultad existía, independientemente de que no se hubiere invocado. Repetidamente la Sala ha dicho que solo puede hablarse de falsa motivación cuando para sustentar el acto y darle visos de legalidad se hacen afirmaciones no verídicas, no cuando como en el caso sub-judice, se comete un error en la cita de la disposición que autoriza el acto y que en realidad existe.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3503. Acción de Nulidad. Actor: Jorge Eliud Villa Taborda.

El ciudadano Jorge Eliud Villa Taborda en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide a esta Corporación la nulidad del Decreto 1153 del 20 de junio de 1978 originario del Gobierno Nacional, por el cual se delegan funciones presidenciales para el nombramiento y remoción de funcionarios. (fl. 4)

Los HECHOS fundamentales de la acción pueden resumirse, así:

1o. Por el decreto enjuiciado el Presidente de la República delegó en los ministros y jefes del departamento administrativo una serie de facultades que le son propias como primera autoridad administrativa de la Nación.

2o. El Presidente de la República , sólo puede delegar las funciones que señale la ley, según el artículo 135 de la Constitución de 1886.

3o. El Decreto demandado adolece de falsa motivación puesto que invoca el artículo 9o. del Decreto 1045 de 1978, norma que no señala las funciones que puede delegar el Presidente ni podría señalarlas pues ello desbordaría las facultades concedidas por la Ley 5a. de 1978.

El concepto de violación lo hace consistir en la circunstancia de que el artículo 135 de la Constitución de 1886 exigía una ley previa en la que se relacionaran las funciones que podían ser delegadas por el Presidente, lo que no aconteció con el Decreto *sub-exámine* , en el que citó el artículo 9o. del Decreto 1045 de 1968 que trata temas completamente diferentes a la delegación de funciones.

Solicitada la suspensión provisional del Decreto acusado (fls. 6-7) , se decretó por auto de la Sala Unitaria del 29 de septiembre de 1988. (fls. 9-11)

La Fiscalía Quinta de la Corporación solicita se decrete la nulidad de los artículos 1o., 3o., y 4o. y se deniegue la de los artículos 2o., 5o., 6o., y 7o. del Decreto demandado, sustentando así su opinión:

> "La Ley 5a. de 1978, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal, entre las cuales no se encuentra

la de delegar funciones en los términos en que se realizó en los artículos mencionados. Por lo tanto, los artículos 1, 3 y 4 , serían anulables por violación al artículo 135 de la Constitución Nacional".

En relación con los artículos 2o., 5o., 6o., y 7o., se tiene que no se refieren al tema de delegación de funciones sino a otros distintos a ésta, tales como vacancias temporales, la provisión de empleos públicos que ejercen funcionarios colombianos en el exterior, etcétera, lo que hace que no violen la norma constitucional mencionada. "(fl. 25 y 26)

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Observa la Sala que el Decreto acusado no se encuentra vigente, pues fue derogado expresamente por el Decreto 406 de 24 de febrero de 1989; sin embargo atendiendo la última jurisprudencia de la Sala Plena sobre la necesidad de fallar aún después de que el acto deje de regir , habrá de dictar fallo de fondo.

El artículo 135 de la Constitución de 1886 facultaba al Presidente de la República para delegar ciertas funciones de las que le corresponden como suprema autoridad administrativa, en los Ministros , Jefes de Departamento administrativo y gobernadores y dispone que " las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley".

El literal b) del artículo 1o. de la Ley 202 de 1936 facultó expresamente al Presidente de la República para delegar la función de *nombrar y separar los empleados nacionales* con las excepciones que la propia norma establece.

Las excepciones que en cuanto a nombramientos enumera el artículo 1o. del Decreto 1153 de 1978, acusado, corresponden a las propias excepciones previstas en la ley.

Entonces por este aspecto, el decreto acusado no es violatorio del artículo 135 de la Constitución de 1886, puesto que sí existe ley que señale las funciones delegadas en éste.

La circunstancia de que en el decreto enjuiciado se hubiera invocado una disposición que ciertamente no era la que hacía el señalamiento exigido por la Constitución Política, no hace anulable el acto, pues lo esencial para su constitucionalidad es que hubiese la facultad legal y esa facultad existía, independientemente de que no se hubiese invocado.

Repetidamente la Sala ha dicho que sólo puede hablarse de falsa motivación cuando para sustentar el acto y darle visos de legalidad se hacen afirmaciones no verídicas, no cuando, como en el caso *sub-judice*, se comete un error en la cita de la disposición que autoriza el acto y que en realidad existe.

Los anteriores razonamientos son suficientes para que se deniegue la nulidad del decreto demandado. No hay lugar a ordenar que se levante la suspensión provisional decretada por cuanto como ya se expresó hoy el Decreto no tiene vigencia.

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:

NIEGASE la nulidad del Decreto 1153 de junio 20 de 1978 expedido por el Señor Presidente de la República.

COPIESE , NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

*Eneida Wadnipar Ramos, S*ecretaria

RADIODIFUSION/ SERVICIO PRIVADO

No es dable considerar como servicio público el que presta "Caracol", Primera Cadena Radial Colombiana S.A. en virtud de lo estatuido en la Ley 74 de 1966, según la cual las actividades de radiodifusión que desarrollan los particulares no son servicio público sino privado y, además, en razón de que tales servicios no son de los que , de interrumpirse podrían crear una grave alteración en la marcha ordenada de la sociedad.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS

Si bien analizada la demanda desde el ángulo de la teoría de los motivos y finalidades la acción instaurada podría corresponder a la de restablecimiento del derecho y no a la de la simple nulidad, ello no configura inepta demanda ni es el caso de profundizar este punto examinada la real naturaleza de la acción para efectos de la caducidad ya que se promovió dentro del término legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 2425 Resoluciones Ministeriales Actor: *"Caracol" Primera Cadena Radial Colombiana S.A.*

"Caracol", Primera Cadena Radial Colombiana S.A., mediante apoderada, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita al Consejo de Estado se hagan las siguientes declaraciones:

> "1o. Que es nula la Resolución No. 01154 del 16 de Abril de 1.986 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "Por la cual se resuelve una solicitud sobre ilegalidad de una huelga".
>
> 2o. Que es nula la Resolución No. 02596 del 17 de Julio de 1.986 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "Por la cual se resuelve un recurso".
>
> 3o. Que se ordene al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de aplicación inmediata a las normas jurídicas laborales referentes a la suspensión colectiva ilegal del trabajo". (fl. 126).

Como normas violadas se citan los "Artículos 16, 17, 18, 44 y 215 de la Constitución Nacional ; Artículo 16 de la Ley 11 de 1.984 , que modificó el artículo 376 del C.S. T.; Artículos 378, 379, 386, y 387 del C.S.T. ; Artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 753 de 1.956 que subrogó el artículo 430 del C.S.T. ; Artículo 9o. de la Ley 39 de 1.985 que subrogó el artículo 444 del C.S.T. y artículo 450 del C.S.T. "(fl. 131).

El concepto de violación de las normas citadas se hace consistir en que la declaración de la huelga realizada entre los días 7 de marzo y 24 de abril de 1986 por el Sindicato Nacional de Trabajadores de "Caracol", se hizo desconociendo las disposiciones que regulan la materia, puesto que es atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos la votación de la huelga en los casos establecidos en la ley, la cual no puede otorgarse a una asamblea de delegados, que además no ha sido elegida para el efecto, como sucedió en el caso *sub-lite.*

Del concepto de violación cabe destacar los siguientes apartes:

> "Es claramente anticonstitucional y antijurídico hacer operar los estatutos de una entidad sindical en contravía de lo dispuesto por el sistema jurídico, porque jamás los estatutos de ninguna organización pueden desconocer el régimen legal, máxime cuando tal usurpación conlleva la flagrante y manifiesta violación de garantías constitucionales , como es la garantía al trabajo que de contera compromete el sustento del trabajador y de su familia, y sobre cuya suspensión por el hecho de una huelga sólo puede pronunciarse personal y secretamente cada trabajador". (fls. 137 y 138).

Más adelante señala la parte actora que la radiodifusión es un servicio público por naturaleza, independientemente de quien lo preste; que lo determina la calificación de servicio público es la función de dicha actividad económico

-social, jamás la razón de quien lo suministra ; que el servicio público implica la incidencia que tiene en la comunidad el hecho de no prestarlo; que al considerarse de manera clara y precisa el servicio de la radiodifusión dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público, la huelga llevada a cabo por el Sindicato de Trabajadores de "Caracol" es a todas luces ilegal, por lo que resulta procedente declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados dictados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad social.

El apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), en escrito que obra a folios 161 a 165 del expediente, se opone a las pretensiones de la demanda, ya que el referido sindicato tiene su forma de organización, de acuerdo con sus estatutos, en asamblea de delegados, que es su equivalente a la asamblea general de que tratan los artículos 386 y 387 del Código Sustantivo del Trabajo y , por consiguiente, la máxima autoridad; que el servicio de radiodifusión es de carácter privado y que sobre este aspecto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social acogió el juicioso estudio hecho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de abril 8 de 1986, teniendo en cuenta la consideración de que, de conformidad con el literal b) del artículo 1 del Decreto 753 de 1956, dicho servicio tiene tal carácter.

El Sindicato Nacional de Trabajadores de "Caracol" se opone igualmente a las pretensiones del libelo, con los mismos argumentos expuestos por el apoderado de la Nación y propone la excepción de inepta demanda, ya que la acción instaurada no es la de nulidad sino la de restablecimiento del derecho. (fls. 158, 159 y 160).

La señora Agente del Ministerio Público conceptuó solicitando se denieguen las súplicas de la demanda, por cuanto las resoluciones acusadas se ajustan a derecho (fls. 336 a 348).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

1o.) Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la Resolución No. 01154 de abril 16 de 1986 dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se decidió "No acceder a la solicitud de declarar ilegal la huelga que desde el día 7 de marzo de 1986, adelanta el Sindicato Nacional de Trabajadores de CARACOL- SINTRACARACOL- dentro de las etapas legales en que se desarrolla el conflicto colectivo surgido a partir de la presentación del pliego de peticiones que el Sindicato en mención ha hecho a CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A., por las razones contenidas en la parte motiva".(fl. 15); asimismo, de la Resolución No. 02596 de julio 17 del mismo año expedida por el citado

ministerio, por la cual "No se revoca en todas y cada una de sus partes la resolución No. 01154 de 1986, proferida por este despacho". (fls. 11 a 15 y 17 a 20).

2o.) Como ya se vio, la parte actora solicita la nulidad de dichos actos, por cuanto la huelga realizada por el Sindicato Nacional de trabajadores "Caracol" se llevó a cabo desconociendo las normas legales que regulan la materia, ya que es atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos la votación de la huelga en los casos determinados por la ley y, de otro lado, porque la radiodifusión es un servicio público por naturaleza, independientemente de quien lo preste.

3o.). En la parte considerativa de la Resolución impugnada No. 01154 de abril 16 de 1986, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social formula los siguientes planteamientos para sustentar la legalidad de la huelga efectuada en "Caracol", por haber sido votada por órgano apto, los cuales se transcriben a continuación:

> "El planteamiento básico de CARACOL, en este aparte de sus peticiones, radica en que la huelga fue votada por una asamblea de delegatarios sindicales y no por los trabajadores directamente, lo cual la haría ilegal por corresponder al evento del literal d) del artículo 450 del C.S.del T. según el cual es ilícita la huelga cuando haya sido declarada con violación de lo dispuesto en el artículo 444 del mismo código.
>
> El inciso 2o. del Artículo 444 del C.S. del T., subrogado por el 9o. de la Ley 39 de 1985, atribuye la decisión sobre la huelga o la solicitud del arbitramento a la "mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea". Por su parte, el artículo 387 del mismo Código faculta a los sindicatos para establecer en sus estatutos sistemas que garanticen la representación de los afiliados cuando, por las razones allí mismo expresadas, resulte impracticable la presencia real del número mínimo de afiliados requerido para completar el *quórum* estatutario. A su vez el artículo 376 *ibídem* establece como atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos, entre otras, "... la votación de la huelga en los casos de la ley...".
>
> Los estatutos de la organización sindical ciertamente no asignan en forma expresa a órgano del sindicato la facultad de declarar la huelga o la de solicitar la convocatoria de tribunal de arbitramento. Pero el literal o) de su artículo 18 - según versión vigente que reposa en el Ministerio de Trabajo- atribuye a la asamblea general de delegados (organismo estatutariamente consignado) el ejercicio de "... otras funciones no previstas en estos estatutos y que estén acordes con la ley y tiendan al provecho de la Organización".

Sobre el esquema propuesto, deben considerarse entonces los siguientes aspectos:

a. A qué asamblea se refiere el artículo 444 del C.S del T.?

b. Es la asamblea de delegatarios de SINTRACARACOL el organismo competente para declarar la huelga?

En cuanto al primer interrogante debe decirse que esa asamblea está determinada por el origen de presentación del correspondiente pliego de peticiones, pues si él fue presentado por los trabajadores no agrupados en sindicato serán éstos los que constituyen tal asamblea. Pero si el pliego fue adoptado y presentado por un sindicato, la respuesta se halla , para afirmar que la facultad la tiene la Asamblea Sindical, en el siguiente inciso del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 477 de 1986:

"La huelga o la solicitud de tribunal de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación en votación secreta y por la mayoría absoluta de los trabajadores *sindicalizados* que deban integrar tal asamblea, en su condición de directamente comprometidos en el conflicto ". (se subraya).

En lo que se refiere al segundo cuestionamiento, basta indicar que la ley laboral brinda a los sindicatos la posibilidad de organizar la mejor manera de reunirse en asamblea superando dificultades de ubicación o de dispersión de sus miembros y si SINTRACARACOL así lo previó en sus estatutos, con la homologación -mediante la aprobación del estatuto- por parte de la autoridad administrativa del trabajo, no hay duda de que la asamblea de delegatarios es el cuerpo idóneo para tomar la decisión que sería competencia de una asamblea ordinaria de afiliados si no existiera aquella. Dicho de otra manera, la asamblea de delegados sustituye a la asamblea de afiliados en el caso concreto de SINTRACARACOL y cumple las funciones que exclusivamente la ley atribuye a las asambleas (como la de declarar la huelga), así como las que expresamente le asignan los estatutos. Tales estatutos, por lo demás, no prevén una Asamblea General de Afiliados; no existe tal organismo en SINTRACARACOL y las funciones que la ley de manera general atribuye a las asambleas generales y que por costumbre los estatutos de los sindicatos le asignan a esa asamblea general, están radicadas, en este caso, en cabeza de la Asamblea Nacional de Delegados. Y si se cuestionase la facultad de ésta para declarar la huelga, habría que concluir que por no existir un órgano estatuario que pueda hacerlo , SINTRACARACOL carecería de ese derecho, lo cual repugna el origen constitucional y a la dimensión social de semejante prerrogativa". (fls. 12 y 13).

4o.) En la Resolución acusada No. 02596 de julio 17 de 1986, se resumen así los argumentos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el aspecto aludido en el punto anterior:

"Las reflexiones hechas por el recurrente a propósito del capítulo denominado "FORMA DE DECLARATORIA DE LA HUELGA " contenida en la resolución impugnada, han conducido a este Despacho a reexaminar los planteamientos allí expuestos, sin que se haya hallado razón jurídica para variarlos. Por el contrario, se ha concluido, nuevamente en lo siguiente:

a- La asamblea general sindical tiene atribuida, por la ley, la función privativa de declarar la huelga.

b- SINTRACARACOL no cuenta, según sus estatutos, con ese organismo. Tiene previsto otro denominado Asamblea Nacional de Delegados con funciones expresamente consagradas en los estatutos.

c- Esta Asamblea Nacional de Delegados sustituye la asamblea general y puede, por tanto, declarar la huelga.

d- Una interpretación diferente conduciría al absurdo de que SINTRACARACOL, por no contemplar en los estatutos la asamblea general, no podría ejercer ese derecho.

En cuanto al criterio del recurrente en el sentido de que habrían podido celebrarse asambleas seccionales, ello no puede tomarse sino como un buen deseo de su parte por cuanto el órgano sindical de competencia nacional es la Asamblea de Delegados. Los estatutos no otorgan a las Asambleas Seccionales la facultad de declarar la huelga ni prescriben el simplista mecanismo matemático de sumar resultados locales, como lo expresa el recurrente. Consiguientemente, no es posible jurídicamente acudir a ese medio para que se exprese la voluntad sindical sobre huelga y, así, la argumentación examinada no puede ser admitida para la revocatoria pedida". (fl. 19).

5o.) La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de septiembre 15 de 1989, defiende la legalidad de los actos enjuiciados, en cuanto a dicho aspecto, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Ahora bien, en lo que toca con la censura que se hace en torno a que se quebrantó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la huelga fue votada por una asamblea de delegados, precisa anotar lo siguiente:

El inciso segundo del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, preceptúa:

"La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea.".

Por su lado , el artículo 387 *ibídem*, señala que:

"REPRESENTACION DE LOS SOCIOS EN LA ASAMBLEA.-Cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulta impracticable lo dispuesto en el artículo anterior (*QUORUM* DE LA ASAMBLEA), pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea".

Y, en efecto, previendo esta situación, fue que el Sindicato Nacional de Trabajadores de Caracol, Primera Cadena Radial Colombiana S. A., determinó en sus estatutos que la Asamblea Nacional de Delegados, autoridad suprema del sindicato, conforme al artículo 11, tiene entre sus atribuciones la de "Ejercer otras funciones no previstas en estos Estatutos y que estén acordes con la ley y tiendan al provecho de la organización" (artículo 18-o) -.), tales como las de votar la huelga.

A su vez ,el artículo 376 del C.S.T., consagra como atribución exclusiva de la Asamblea"...la votación de la huelga , en los casos de la ley..."

Es lógico concluir, entonces, que si en los estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores de Caracol, Primera Cadena Radial Colombiana S.A., no se consagró dentro de los órganos directivos del mismo a la Asamblea General, fue porque las funciones que debería desempeñar ésta fueron radicadas en cabeza de la Asamblea Nacional de Delegados, conforme lo autoriza el artículo 387 del C.S.T.,antes transcrito, coligiéndose de todo lo anterior que, ciertamente, la Asamblea Nacional de Delegados estaba facultada por la ley y los estatutos para declarar la huelga". (Fls. 346, 347 y 348).

6o.) La Sala comparte los planteamientos expuestos por la Agencia del Ministerio Público en el referido concepto, en cuanto a que en el caso *sub-exámine* la Asamblea Nacional de Delegados del Sindicato Nacional de Trabajadores de Caracol -Sintracaracol- estaba facultada de conformidad con los estatutos y en armonía con los artículos 444, 387 y 376 del Código Sustantivo del Trabajo, para declarar la huelga (fls. 120 a 122).

Habría que añadir a lo dicho por la distinguida colaboradora del Ministerio Público que si "Sintracaracol así lo previó en sus estatutos, con la

homologación -mediante la aprobación del estatuto- por parte de la autoridad administrativa del trabajo", como se anota en la Resolución No. 01154 de abril 16 de 1986 (fls. 12), el acto administrativo que aprobó los estatutos de la comentada organización sindical está amparado por la presunción de legalidad.

7o.) De otra parte, en lo atinente al servicio de radiodifusión, los actos administrativos enjuiciados se fundamentaron, para determinar que tal servicio no es público sino privado cuando es prestado por particulares, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de abril 8 de 1986.

8o.) En el referido concepto, proferido por decisión mayoritaria de esa Corporación, se dijo:

"1o.) En artículo 18 de la Constitución "garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos ", y dispone que "la ley reglamentará su ejercicio".

2o.) Según el artículo 2o. del Decreto Legislativo 3418 de 1954, vigente,de conformidad con lo dispuesto por la ley 141 de 1961, las telecomunicaciones comprenden "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos, o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos". Por consiguiente, las telecomunicaciones constituyen un género que comprende las diversas actividades específicas de las comunicaciones, entre las cuales se cuenta la radiodifusión.

3o.) El artículo 3o. del Decreto Legislativo 3418 de 1954 prescribe que "las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente, pero el Gobierno puede conceder en forma temporal su explotación a personas naturales o jurídicas, siempre que se reúnan los requisitos legales, reservándose el control de su funcionamiento". Los artículos 181, 182, 183, 196 a 201 y 208 a 211 del Decreto- Ley 222 de 1983 regulan actualmente el contrato administrativo de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión y definen su finalidad y el objeto de las transmisiones nacionales como de interés público y social.

4o.) Del mismo modo, el artículo 1o., letra b), del Decreto 753 de 1956, que constituyó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, define como servicio público, entre otras , las siguientes actividades: "las empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones". En esta última denominación están incluidas las actividades relativas a la radiodifusión.

5o.) Sin embargo , el artículo 4o. de la Ley 74 de 1966, que regula "La transmisión de programas por los servicios de radiodifusión", prescribe que éstos son "públicos y privados". "El servicio público de radiodifusión - agrega- es el que prestan el Estado, o las entidades o establecimientos públicos " y privado "el que prestan los particulares".

De manera que el Art. 4o. de la Ley 74 de 1966, relativa a "la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión", según reza su epígrafe, establece y define los servicios público y privado de radiodifusión, como afirmó el ponente para segundo debate en el Senado, "buscando una distinción técnica que hacía falta entre los servicios radiofónicos" (Historia de las leyes , Tomo III, legislatura de 1966, página 270). Por consiguiente, esta doble clasificación debe tenerse en cuenta para todos los efectos jurídicos relacionados con la radiodifusión.

En consecuencia, el artículo 4o. de la ley 74 de 1966 modificó el artículo 3o.del Decreto Legislativo 3418 de 1954, como también el artículo 1o., letra b), del Decreto 753 de 1956, en cuanto excluye del servicio público de telecomunicaciones el servicio privado de radiodifusión. En otros términos, si las actividades constitutivas de las telecomunicaciones, entendidas en el sentido en que las define el artículo 2o. del Decreto Legislativo 3418 de 1954, son servicios públicos de conformidad con los Arts. 3o. del Decreto 3418 de 1954 y 1o., letra b), del Decreto 753 de 1976, de ellas se excluyen, según el Art. 4o. de la Ley 74 de 1966, los servicios privados de radiodifusión.

En conclusión, el servicio privado de radiodifusión no es un servicio público" (fls. 37, 38 y 39).

9o.) En la aclaración de voto de abril 11 de 1986 hecha por el Consejero de Estado, Doctor Eduardo Suescún Monroy, se manifestó lo siguiente:

"La salvedad de los servicios públicos que estableció la norma al reconocer el derecho a la huelga , hay que entenderla en su verdadero alcance: el de garantizar este derecho fundamental de los trabajadores en todo Estado Social de Derecho, siempre que dicho derecho no afecte la continuidad de aquellos servicios sin los cuales la sociedad no puede vivir como tal. Es decir, los servicios públicos esenciales, de que trata la doctrina internacional.

La norma concilia así el interés colectivo de los trabajadores de mejorar sus condiciones de trabajo a través del instrumento de la huelga y el interés superior de la sociedad de disponer siempre de los servicios que le son indispensables. Otorga el derecho de la suspensión reivindicativa del trabajo a los empleados y, para establecer el límite de su vigencia, señala el de aquellos servicios cuya continuidad no puede ser interrumpida

sin que ocurra grave alteración en la marcha ordenada de la sociedad". (fl. 52).

10o.) Sobre el punto debatido, es decir, si el servicio de radiodifusión prestado por particulares es público o privado, en el extenso concepto emitido al respecto por la Doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, se sostiene:

"Conforme con la anterior definición, se pueden señalar como elementos esenciales del servicio público, los siguientes:

1o.- Satisfacen una tarea de interés general;

2o.- Están regulados por normas de derecho público;

3o.- Figuran entre los cometidos estatales más importantes;

4o.- Están determinados en la ley, en forma directa e inmediata; y,

5o.- Deben prestarse en forma obligatoria, continua, ininterrumpida y regular.

Comparando las anteriores características con las del servicio de radiodifusión que presta caracol, Primera Cadena Radial Colombiana, se tiene:

1o.- Que la labor que presta la entidad demandante, está encaminada a la satisfacción de una tarea de interés general, teniendo en cuenta que conforme a las voces del artículo 208 del Decreto 222 de 1.983, la finalidad de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones es la de "difundir la verdad y elevar el nivel cultural, y la salud de la población; preservar y enaltecer las tradiciones nacionales, favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional".

2o.- Que el servicio de radiodifusión prestado por Caracol se regula en parte por normas de derecho público, tales como las previstas en el Decreto Ley 222 de 1.983 y en parte por normas de derecho privado tales como todas las relacionadas con la administración de la sociedad, su estructura interna, administración personal, propagandas, comerciales, etc...

3º y 4º Que el artículo 4º de la Ley 74 de 1966, es claro al clasificar los servicios de radiodifusión en públicos y privados , considerándose que la actividad que prestan los particulares, v.gr.: Caracol, mediante licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones no es SERVICIO PUBLICO DE RADIODIFUSION SINO SERVICIO *PRIVADO* DE

RADIODIFUSION. La norma a que se hace alusión se encuentra vigente, por lo que su aplicación resulta forzosa.

5o.- Finalmente, estima la Fiscalía que no puede considerarse como servicio público el que presta la empresa accionante, por cuanto, como bien se indica en la Resolución 02596, impugnada en la presente litis, la sociedad pudo subsistir como tal sin los servicios de radiodifusión de CARACOL S.A.,durante el tiempo que duró la cesación de actividades de sus trabajadores "aunque sus oyentes habituales hubieren experimentado carencia informativa". (fls. 344, 345 y 346).

11o.) La Corporación comparte los criterios expuestos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y por la Agencia del Ministerio Público de abril 8 de 1986 y septiembre 15 de 1989, respectivamente, de que no es dable considerar como servicio público el que presta "Caracol", Primera Cadena Radial Colombiana S. A ., en virtud de lo estatuido en la Ley 74 de 1966, según la cual las actividades de radiodifusión que desarrollan los particulares no son servicio público sino privado y, además , en razón de que tales servicios no son de los que , de interrumpirse, podrían crear una grave alteración en la marcha ordenada de la sociedad.

12o.) Finalmente, en lo que concierne a la excepción propuesta por el Sindicato Nacional de Trabajadores de "Caracol" S. A. (fl. 158) , es preciso señalar que, si bien analizada la demanda desde el ángulo de la teoría de los motivos y finalidades la acción instaurada podría corresponder a la de restablecimiento del derecho y no a la de simple nulidad, ello no configura inepta demanda ni es el caso de profundizar este punto examinando la real naturaleza de la acción para efectos de la caducidad ya que se promovió dentro del término legal.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en la sesión del día 30 de junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Antonio Barrera Carbonell,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

SINDICATOS/ ESTATUTOS- Reforma/ **CONVENIO INTERNACIONAL O.I.T./ DERECHO DE SINDICALIZACION/ LIBER-TAD SINDICAL**

Entre los varios convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), de la cual Colombia es miembro, se encuentra el relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización aprobado por la Ley 26 de 1976, y después de efectuarse el canje de ratificaciones, pasó a formar parte de la legislación interna del país, y como tal modifica tácitamente la legislación existente en lo desfavorable, sin necesidad de proferir otro estatuto que desarrolle las reglas del derecho contenidas en él, y viene así a formar un solo cuerpo con la ley que lo aprueba, y que no puede ser modificado unilateralmente por el país. Esos postulados del Convenio ya se encuentran protegidos por varias normas en desarrollo del artículo 17 de la Constitución Nacional de la época, principio que se reitera en el artículo 25 de la Nueva Carta Política.

Dentro de esa autonomía que otorga el mencionado Convenio y las normas concordantes de la legislación interna a las organizaciones sindicales, está la de darse sus propios estatutos y reformarlos cuando lo consideren conveniente, y a los cuales han de someter toda su actividad. Dentro de esa autonomía que otorgan el mencionado convenio y las normas concordantes de la legislación interna a las organizaciones sindicales, está la de darse sus propios estatutos y reformarlos cuando lo considere conveniente, y a los cuales han de someter toda su actividad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 3081. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: Jaime Cerón Coral.

Jaime Cerón Coral, quien obra en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública contemplada en el art. 84 del C.C.A., modificado por el art. 14 del Decreto 2304 de 1989, impetra la nulidad de la Resolución No. 00801 de 14 de marzo de 1986, proferida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social en cuanto aprobó parcialmente las reformas estatutarias de la organización sindical de primer grado y de base, denominada Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco.

Como cuestión fáctica, dice el accionante en el libelo introductorio:

"El Sindicato Nacional de Trabajadores de la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TABACO, tiene Personería Jurídica aprobada mediante Resolución No. 138 de 19 de julio de 1938. La "Convención Nacional de Delegados" se reunió en Bucaramanga el 15 de abril de 1985, para celebrar la XLVIII Convención Nacional de Delegados.

En tal Convención fue presentada y acogida la "Reforma Estatutaria" puesta a su consideración.

Tal "Reforma Estatutaria" fue presentada al Ministerio de Trabajo, con el objeto de que fuera aprobada por él.

Mediante la Resolución 00901 el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social aprobó parcialmente dicha Reforma Estatutaria".

Como normas violadas por el acto atacado señala el accionante en el libelo, las siguientes: Artículos 18, 26 y 44 de la C.N.; 12; 352, numeral 2o.; 353, 359, 361, numeral 2o.; 366, 369, 376. 387, 391, 401, literal d) del C.S.T.; Decreto 1489 de 1952; Decreto 2351 de 1965, artículo 24; Ley 11 de 1984, artículo 16; Ley 39 de 1985, artículo 9o.; y Decreto Reglamentario 477 de 1986, artículo 1o.

DEL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante hace consistir el concepto de violación en que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobó la reforma estatutaria de la organización sindical, acogida por la Asamblea Nacional de Delegados, sin tener ésta competencia al efecto, puesto que los sindicatos en el ejercicio de sus derechos

y deberes deben ajustarse al Título I, Segunda Parte del C.S.T., como lo dispone el artículo 353, numeral 2o. de la misma codificación, y no se les reconocerá personería ni se aprobarán sus estatutos cuando estos sean contrarios a la Constitución, o a las leyes o a las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales. Además, que "toda modificación a los estatutos debe ser aprobada exclusivamente por la asamblea general del sindicato, y que excepcionalmente, y cuando no sea posible reunir el quórum estatutario, pueden los mismos estatutos admitir otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea, pero a pesar de ello, las funciones exclusivas de la asamblea no pueden trasladarse a una institución creada por los estatutos, y si el sindicato tiene varias seccionales como en el caso *sub-lite*, la reforma estatutaria y todas las funciones exclusivas de la asamblea general, se realizarán mediante la reunión de las asambleas de cada una de las seccionales, y no mediante un sistema de convención de delegados, con funciones omnímodas que la ley no autoriza, puesto que una asamblea general de afiliados es eso: Una asamblea general de afiliados y no una convención nacional de delegados. Y que habrá casos en que la convención de delegados podrá tomar decisiones válidas, que no están comprendidas en el artículo 16 de la de la Ley 11 de 1984, por ser indelegables, porque para éstas, cada seccional de sindicato habrá de tomarse como si fuera una organización diferente, lo que podría pensarse que es complejo y poco práctico, pero no puede llevar a modificar la ley mediante una resolución, dado que la soberanía de la asamblea de afiliados, general o por seccionales, no es delegable en unas personas que se nombran, a quienes ni siquiera se les señalan pautas de comportamiento frente a una determinada situación posible. Agrega que otra de las funciones indelegables de la asamblea general de afiliados, además de la anotada, es la votación de la huelga, la de optar por la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, de donde concluye que en el caso de las actividades propias de la asamblea no es aplicable el artículo 387 del C.S.T., lo que es reafirmado por el Decreto Reglamentario 477 de 1986. En cambio, en la reforma estatutaria, no sólo se estatuye que la decisión de realizar una huelga es función de la convención de delegados, sino que le hace indelegable, como aparece en el artículo 65 de los estatutos, dado que tal decisión es exclusiva de la asamblea general de afiliados. Así, la convención nacional de delegados no solamente modificó los estatutos de la organización sindical sin tener facultad para hacerlo, sino que violó estatutos legales, al arrogarse facultades que no le otorga la ley y que corresponden a la asamblea general de afiliados. Se pregunta: "Como puede votarse una huelga de manera personal, secreta y por escrito, por parte de los afiliados a un sindicato si esa decisión la asume de manera INDELEGABLE la Convención Nacional de Delegados? Y que si bien es cierto que la votación de la huelga por seccionales es un acto complejo, de ninguna manera se puede modificar la ley por una resolución, puesto que no hay impedimento geográfico para la realización de las asambleas seccionales que puedan pronunciarse por una de las dos opciones, o la declaratoria de la huelga, o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, una vez agotada la etapa de mediación del conflicto laboral. Facultades que no pueden quitárselas

a las asambleas por los estatutos, y atribuírselas a la Convención de Delegados en condición de indelegable.

De otra parte, agrega, que por la reforma estatutaria se crearon unos "Comités Seccionales" en lugares en donde no existen Subdirectivas, los que necesitan para fundarse y existir un número no inferior a 10 afiliados ni superior a 25. Y que la reforma establece una diferencia entre Comité y Subdirectiva que la ley no prevé, pues, a través de los estatutos no se pueden crear entes no contemplados en la ley, amén de que la Junta Directiva de la Subdirectiva o Comité, debe estar integrada por lo menos por un presidente, un vicepresidente, un secretario, un tesorero y un fiscal, mientras que los estatutos solamente hablan de un presidente, un tesorero y un secretario. La ausencia del fiscal en la reforma estatutaria atenta contra la democracia sindical, puesto que la designación del fiscal corresponde a las minorías. Además, que en el Comité Seccional conformado por menos de veinte afiliados sólo habría fuero sindical para los tres miembros de la Junta Directiva, sin que hubiese el número suficiente de personas para que exista.

Y por último, que en derecho de asociación sindical, como cualquier otro derecho de asociación, el socio o afiliado tiene la potestad de asistir o no a las reuniones, asambleas o cualquier otro acto que organice o convoque el gremio en que se encuentre, pues, en un sistema democrático real tiene la posibilidad de convenir con otros asociados la no asistencia a esas reuniones, con el objeto de que no haya *quórum*. Posibilidad que es un derecho del que puede hacer uso libremente. Por eso es tan ilícito perturbar una reunión lícita como constreñir, por cualquier medio, la no asistencia a esos actos. Y que es, tan delictivo impulsar a no ir como coaccionar indebidamente la asistencia, pues, ese derecho de asociación permite tanto asociarse como dejar de hacerlo, y el artículo 353 del C.S.T. determina para los socios el derecho a que se les garantice la reunión y les permita la no afiliación y la no asistencia a esos actos, sin que en ésta última eventualidad conlleve la pérdida de otros derechos que la misma organización haya creado a su favor. Y que por su parte el artículo 398 del C.S.T. contempla la sanción más drástica que puede imponer un sindicato a uno de sus afiliados, como es la expulsión, la cual debe ser decretada por la asamblea general por mayoría absoluta de los socios, previa audiencia del inculpado. Que con esto se pretende demostrar que la resolución atacada al aprobar el artículo 7o., parágrafo 1o. del Capítulo V de la reforma estatutaria, lo hizo con clara violación de las normas pertinentes, ya que la reforma no puede crear sanciones al libre derecho de no asistencia a las reuniones que convoque el sindicato.

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

En la contestación de la demanda por parte del apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, se proponen como excepciones, la caducidad de la acción e inepta demanda. En cuanto a la primera excepción

se dice que la resolución impugnada fue notificada el 6 de mayo de 1986 y hasta la fecha del 28 de octubre en que se presentó la demanda había transcurrido el plazo para instaurar la acción. Y en cuanto a la segunda, se dice que previamente a ocurrir en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha debido agotarse la vía gubernativa, lo que no ocurrió en el caso *sub-lite*.

DE LA PARTE IMPUGNADORA

El ciudadano Jairo Villegas Arbeláez, en su propio nombre, se constituyó como parte impugnadora. En su escrito se refiere a que la demanda solamente supone como máxima autoridad del sindicato el sistema de presencia personal de todos y cada uno de los afiliados de todo el país y niega consecuencialmente el sistema de representación mediante delegados elegidos directamente por los afiliados. Y que también parte la demanda del supuesto de que los sindicatos carecen de autonomía para adoptar sus estatutos y sus reformas, de conformidad con las normas que se consideran quebrantadas por el acto atacado.

Considera el impugnador que la visión del derecho del Trabajo en cuanto hace relación a los sindicatos no puede limitarse ni paralizarse en 1950 cuando se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, como ocurre en la demanda al omitirse cualquier referencia a la Ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio No. 87 de 1948, originario de la O.I.T., relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, que dice:

> "Las organizaciones de Trabajadores y de Empleados tienen el Derecho de redactar sus Estatutos.
>
> "Las Autoridades Públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este Derecho o a entorpecer su ejercicio legal.
>
> "La legislación Nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio".

De lo anterior deduce el impugnador que existe autonomía de las organizaciones sindicales para redactar sus propios estatutos, y que correlativamente la autoridad administrativa laboral debe abstenerse de toda intervención que limite o entorpezca la autonomía sindical, y la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada en perjuicio de las garantías del Convenio. Pues, en virtud de ese principio de autonomía sindical para redactar los estatutos y de la prohibición de intervención administrativa, el acto acusado es intrascendente jurídicamente, puesto que el Ministerio de Trabajo al carecer de competencia aprobatoria, sólo puede cumplir una función de depositario en el sindicato, y que en el supuesto de la necesidad de proferirse un acto administrativo aprobatorio de la reforma estatutaria sindical, ello estaría restringido a improbar lo que viola la Constitución, la moral, las buenas

costumbres o el Código Penal, pero que de ninguna manera puede la autoridad administrativa laboral intervenir en el fuero interno del sindicato de redactar sus propios estatutos y darse su organización administrativa. Además, que en el acto acusado no hay sustancialmente nada nuevo ante lo preexistente y aprobado ya por las Resoluciones Nos. 00900 de 1966, 041 de 1976, y 011594 de 1979, expedidas por el Ministerio de Trabajo, las que se encuentran debidamente ejecutoriadas.

Concluye el impugnador que las normas relativas al derecho interno de 1950 y las anteriores a 1976, perdieron vigencia cuando se ratificó el mencionado Convenio mediante la Ley 26 de 1976, en razón del principio de la jerarquía normativa o Pirámide Kelseniana en que el Convenio prevalece y modifica la ley interna anterior. Pues, la Constitución de la O.I.T. preceptúa que: "Los miembros se obligan a aplicar los Convenios que haya ratificado..." Y la "Legislación Nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que no menoscaba las garantías previstas por el presente Convenio." Además, que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados establece: "PACTA SUNT SERVANDA: Todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido de buena fe." "EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado." Y por último, y que por ser el Convenio norma posterior a las del C.S.T. es subrogatoria de normas anteriores de la misma codificación sobre intervención administrativa-laboral en los sindicatos, para su constitución o autorización previa de personería y aprobación de estatutos, aprobación de reformas a los mismos, auditaje y congelación de fondos, clase de sindicatos, número mínimo y calidad de rama de actividad de los afiliados, disolución o suspensión por vía administrativa, aprobación de juntas directivas etc. Y que aún examinado el acto atacado a la luz de las normas de 1950 se ajusta a ellas, cuando establecen que: "Ninguna Asamblea puede actuar válidamente sin el quórum estatutario, que no será inferior a la mitad más uno (1) de los afiliados..." Y "Cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica, o el excesivo número de ellos, resulte impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los Estatutos otros sistemas que garanticen la Representación de los afiliados en la Asamblea" (Art. 387 C.S.T.). Y que precisamente en virtud de la situación prevista en este artículo y en consideración a que COLTABACO y SINTRACOLTABACO tienen trabajadores y miles de afiliados diseminados en todo el país (Bogotá, Itagüí, Espinal etc.), es por lo que existe y ha existido en los estatutos sindicales el sistema de representación por delegados elegidos por los trabajadores, en proporción señalada por los estatutos, cuyos delegados integran la asamblea o convención nacional de delegados, que es la máxima autoridad del sindicato, y como tal, ejerce las atribuciones legales previstas en el artículo 387 del C.S.T., como es la de adoptar los estatutos y sus reformas. Luego se refiere el impugnador a lo establecido al efecto en los artículos pertinentes de los estatutos que dicen:

"art. 10o. "La Convención Nacional de Delegados constituye la máxima autoridad del Sindicato...".

art. 11o. "Los Delegados serán elegidos en Asamblea General de su respectiva Sede, así: de 25 a 100 socios, dos (2) Delegados; y por cada 100 o fracción de 100 un Delegado...".

art. 13o. "...quórum reglamentario que en ningún caso será inferior a las dos terceras (2/3) partes de los Delegados...".

art. 16o. "Son funciones de la Convención Nacional de Delegados:

1) Reformar los Estatutos del Sindicato".

Hace hincapié el impugnador en que el sistema de representación por Delegados, que ahora se acusa, no es nuevo en el Sindicato de Coltabaco, ya que fue adoptado y aprobado como consta en las Resoluciones Nos. 00900 de 1966, 0041 de 1976 y 01594 de 1979, y con base en tales resoluciones, en los estatutos y en la ley, fue como se adoptó la nueva reforma, aprobada por el acto que se impugna. Además, que la demanda es inocua dado que está dirigida solamente contra un solo acto cuando en realidad son cuatro y el último es expresión de los tres anteriores, por medio de los cuales se aprobó la norma estatutaria sobre representación por delegados desde 1966, y en el último de los actos lo que se hizo fue aplicar precisamente lo vigente y preexistente, de donde no es posible separar los cuatro actos aprobatorios de reformas estatutarias ni asimilarlos aisladamente, ya que de conjunto integran un solo fenómeno, lo que impide un pronunciamiento parcial.

DEL ALEGATO DE CONCLUSION DEL APODERADO DE LA NACION

En el alegato de conclusión el apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, dice, entre otras cosas, que en materia de organización sindical existen convenios internacionales que obligan a la República de Colombia en su tratamiento con aquella clase de entes, tales como los asuntos relativos a los estatutos de los sindicatos. Así por ejemplo, que el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T., ratificado por la Ley 26 de 1976, establece que una organización sindical tiene derecho a redactar sus propios estatutos, que el país no menoscabará y las autoridades se abstendrán de toda intervención en el gobierno sindical. Lo que no quiere decir que los estatutos deban ser aprobados indefectivamente por la autoridad administrativa, puesto que el derecho de asociación prevé el artículo 44 de la Carta, establece que el mismo se ejerce dentro de la normatividad legal, que en el caso del sub-lite no se violó, como puede verse en las propias resoluciones (sic) atacadas, como también de los estatutos que obran en el expediente. Amén, de que el artículo 387 del C.S.T. contempla la

posibilidad de que las organizaciones sindicales puedan establecer otra forma de representación en una asamblea general por medio de delegados, que fue lo que justamente ocurrió con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco.

DEL CONCEPTO FISCAL

Al descorrer el traslado para concepto de fondo, la Fiscalía Quinta de la Corporación considera primeramente que las excepciones propuestas por el apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, no están llamadas a prosperar, primero porque la acción entablada es la de nulidad contra un acto que no tenía recursos y, por lo tanto, no debía agotarse la vía gubernativa, ni tenía caducidad, a términos de los artículos 84 y 135 del C.C.A.

A continuación dice la Fiscalía, que el acto acusado aprobó parcialmente las reformas estatutarias solicitadas por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco. Y que en los estatutos de esta organización se estableció la Convención Nacional de Delegados como autoridad suprema de la misma, la forma de elección de los Delegados, quórum reglamentario y las funciones de la organización, entre las cuales figura la reforma de los estatutos del sindicato, de donde no queda duda de que siendo la máxima autoridad de la organización, podía reformar los estatutos. Y que el artículo 367 (sic) del C.S.T. modificado por el artículo 16 de la ley 11 de 1984, señala como función exclusiva de la asamblea del sindicato la modificación de los estatutos, la votación de la huelga en los casos de ley. Y respecto de ésta, el artículo 444 del mismo señala que esta o "... la solicitud de arbitramento serán decididas en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la asamblea.". Y el artículo 336 ibídem, ordena que "...ninguna asamblea puede actuar válidamente sin el quórum estatutario, que no será inferior a la mitad más uno (1) de los afiliados.". Y por su parte el artículo 387, ordena que la representación de los socios en la asamblea "cuando por naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulta impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la presentación de los afiliados en la asamblea." De lo anterior concluye la Fiscalía, que es permitido si así lo señalan los estatutos, que una asamblea nacional de delegados, conformada por miembros elegidos directamente por los afiliados que los represente, tenga ciertas funciones de las atribuidas a las asambleas compuestas por todos los asociados al sindicato.

Remata la Fiscalía su concepto de fondo en los siguientes términos:

"El hecho de que el texto del artículo 376 del C.S.T. modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1.984 consagre como atribución exclusiva

de la Asamblea la modificación de los estatutos, no es argumento sólido para sostener que está no se puede llevar a cabo mediante otro sistema de representación por así permitirlo el artículo 387 del Código.

"En el presente caso, se tiene que los estatutos sindicales permiten que en el artículo 16 de la Convención Nacional de Delegados, pueda reformarlos, y como el acto acusado aprobó esta reforma así votada, en opinión de este Despacho se ajusta a derecho."

Como no se observa causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a desatar la controversia planteada, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1- Las excepciones de caducidad de la acción e inepta demanda, propuestas por el apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, no están llamadas a prosperar, como bien lo afirma la Fiscalía, puesto que la acción instaurada es la de simple nulidad contra un acto no pasible de recurso alguno y, por lo tanto, no era necesario el agotamiento de la vía gubernativa ni procedía la caducidad de la acción por la naturaleza de la misma.

2- En cuanto a la cuestión de fondo planteada, la Sala se identifica con el criterio de la Fiscalía y de la parte impugnadora, y solamente quiere agregar, que es cierto que de conformidad con el artículo 376 del C.S.T., modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1984, es atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos, la modificación de los estatutos. Sin embargo, también es cierto, que de conformidad con el artículo 387 de la misma codificación, cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, puede admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea. Fue así como en los estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco se contempló en el Capítulo VI, art. 9o. que "El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco, dado el número de afiliados y la extensión territorial en la cual ejerce su jurisdicción, tendrá dos clases de Asamblea General, así:

a) Asamblea General de Delegatarios que es la máxima autoridad del sindicato;

b) Asamblea General de Seccionales que es la máxima autoridad del Sindicato, dentro de su jurisdicción.

"PARAGRAFO: A la Asamblea General de Delegatarios, se le denominará Convención Nacional de Delegados".

Es bien sabido que la Compañía Colombiana de Tabaco tiene trabajadores en varias ciudades del país, tales como Bogotá, Itagüí, Espinal, etc., que justifica que se de aplicación a lo normado por el artículo en comentario.

Por otro aspecto, entre los varios Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), de la cual Colombia es miembro, se cuenta el distinguido con el No. 87, relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, el cual fue aprobado por la Ley 26 de 1976, y después de efectuarse el canje de ratificaciones, pasó a formar parte de la legislación interna del país, y como tal, modifica tácitamente la legislación existente en lo desfavorable, sin necesidad de proferir otro estatuto que desarrolle las reglas del derecho contenidas en él, y viene así a formar un solo cuerpo con la ley que lo aprueba, y que no puede ser modificado unilateralmente por el país. Esos postulados del Convenio ya se encuentran protegidos por varias normas en desarrollo del artículo 17 de la Constitución Nacional de la época, que decía: "El trabajo es una obligación social y gozará de la protección del Estado", principio que se reitera en el art. 25 de la nueva Carta Política.

Ahora bien, dentro de esa autonomía que otorgan el mencionado Convenio y las normas concordantes de la legislación interna a las organizaciones sindicales, está la de darse sus propios estatutos y reformarlos cuando lo consideren conveniente, y a los cuales han de someter toda su actividad.

Así las cosas, al reformar el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco sus estatutos en la forma como lo hizo, no violó ninguna disposición y, por ende, el acto impugnado que le impartió la aprobación a la reforma se ajustó en consecuencia a derecho, por lo que las súplicas de la demanda han de denegarse.

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 no probadas las excepciones propuestas por la Nación - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-.

2o.- Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de junio de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Joaquín Barreto Ruiz; Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna; Diego Younes Moreno*, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO/ NECESIDADES DEL SERVICIO

"El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado". En cuanto a las "necesidades del servicio" corresponde a la propia administración establecerlas y se presume cuando ella dispone el traslado de funcionarios, en cumplimiento de lo estatuido en el artículo 30 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. De ahí que las necesidades del servicio se encuentran implícitas en el acto administrativo contentivo del traslado y, por ende, no requiere motivación, razón por la cual compete al demandante probar lo contrario y no como lo afirma el apoderado del actor en el recurso de apelación, que incumbe a la parte demandada demostrar las necesidades del servicio. Si los traslados estuvieran condicionados a las circunstancias personales de cada servidor público, la administración no podría ejercer su autoridad a este respecto, pues normalmente los empleados públicos tienen organizada su residencia y su hogar en el lugar donde prestan sus servicios y el traslado implica de suyo un cambio de domicilio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 4373. Decretos del Gobierno. Actor: EDUARDO CASTILLO PICO

Eduardo Castillo Pico, por conducto de apoderado, instauró demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Santander, el cual por razones de competencia remitió el libelo al Tribunal Administrativo de Córdoba (folio 56), a fin de que, previos los trámites legales pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: -Se declare agotada la vía gubernativa, por haber transcurrido el término señalado en el Decreto 01 de 1.984, sin que hubiera recaido decisión resolutoria alguna relacionada con el escrito presentado por el actor el día 20 de agosto postrero, contentivo de las razones sometidas a consideración del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte con respecto al traslado ilegal de que da cuenta el Decreto Número 1181/87 con el claro alcance de dejar a ésta sin efectos en lo pertinente.

SEGUNDA: -Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se DECLARE NULO por ser violatorio de la Constitución y de la ley, el Decreto No. 1181 de junio de 1987, especialmente el artículo 2° y el artículo 3°, mediante, el 1° decretó el traslado a EDUARDO CASTILLO PICO con cédula de ciudadanía número 5.561.330 de Bucaramanga "del cargo de JEFE DE DIVISION, Código 2040 Grado 14 de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas No. 15 Bucaramanga "al cargo de JEFE DE DIVISION, Código 2040, Grado 14 de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas No. 7 Montería.

TERCERA: - Que como consecuencia de la nulidad solicitada se restablezca en sus derechos a EDUARDO CASTILLO PICO, en la siguiente forma:

a) - Se disponga el traslado a la ciudad de donde fue removido o sea a Bucaramanga-Santander, con el cargo de JEFE DE LA DIVISION, Código 2040, Grado 14 de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas No. 15 con sede en esa ciudad, y en las mismas o superiores condiciones que el cargo haya tenido o llegare a tener desde la fecha en que fue trasladado al Distrito No. 7 Montería, en reemplazo de CARLOS EFRAIN POSSO JANACETT, tanto en puesto-cargo, ora, en el aspecto económico por concepto de contraprestación a los servicios, hasta cuando se verifique efectivamente el "retorno a su ciudad de origen, en las referidas condiciones".

b) - El reconocimiento y pago del valor de todos y cada uno de los perjuicios ocasionados con el traslado demandado, tanto de orden moral como material, que desde ahora, aquellos, se estiman en el valor de un mil (1.000) gramos oro; y estos en suma superior a CUARENTA MILLONES DE PESOS ($40.000.000.oo) como se demostrará a través del proceso o en su oportunidad legal.

c) - Por el reconocimiento y pago por concepto del valor de viáticos, transporte y trabajo suplementario.

d) - Actualizando el valor de los reconocimientos a que se contraen los literales anteriores en el momento del pago, siguiendo un procedimiento que permita compensar la diferencia del valor adquisitivo de la moneda, y

e) - Disponiendo que para todos los efectos legales en la estimación de los perjuicios se tenga en cuenta el tiempo transcurrido entre la fecha de haberse operado el traslado ilegal del demandante a la fecha en que realmente se verifique su regreso al sitio de donde fue trasladado.

CUARTA: - Que se ordene pagar todos los reconocimientos impetrados con cargo al presupuesto del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en las condiciones y dentro del término señalados en la ley." (folios 1, 2 y 3).-

Sobre las normas quebrantadas y el concepto de la violación, la parte actora manifestó que, con la actuación administrativa del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se infringieron los artículos 16, 17, 20, 26, 28 y 30 de la Carta; Decreto 2400 de 1968; artículos 1, 3, parágrafo del artículo 13, 40, 41 y 61; literal b), literales a) y b) del artículo 14 del Decreto 3074 del mismo año; Decreto 1950 de 1973, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables; que con el traslado del demandante del cargo de Jefe de División Código 2040 Grado 14 de la División del Distrito de Obras Públicas No. 15 de Bucaramanga al mismo empleo para la ciudad de Montería, se conculcaron sus derechos, con desconocimiento del esfuerzo laboral y en detrimento de sus intereses; que el actor está amparado en sus derechos por un justo título que emerge de las disposiciones anteriores a la fecha de la expedición del Decreto acusado; que éste constituye un típico abuso y desviación de poder, puesto que desconoce el derecho que le asiste al demandante de continuar gozando de igualdad de oportunidades en el obedecimiento a la estabilidad en el empleo, sin tener en cuenta sus méritos, por razones del capricho y del abuso desmedido del nominador; que el señor Eduardo Castillo Pico gozaba de estabilidad en el servicio, pues había sido inscrito en el escalafón de la carrera administrativa por el Departamento Administrativo del Servicio Civil; que en el presente caso no hubo concepto de la comisión de personal del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como lo exige el Decreto 2400 de 1968 al ocuparse del régimen disciplinario; que se desconoció el derecho de defensa, en virtud de que al actor no se le hizo conocer los motivos de la decisión del traslado, que le causaba perjuicios personales, familiares y económicos; que el demandante estaba protegido por una situación jurídica individual y concreta, por el hecho de pertenecer a la carrera administrativa, la cual fue infringida por el acto administrativo enjuiciado; que el traslado es viable realizarlo siempre y cuando no implique condiciones menos favorables

al empleado, al tenor del artículo 30 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; que dichas condiciones abarcan circunstancias como las atinentes a la seguridad social, el bienestar social del funcionario y el de su familia, medio y condiciones de vida, que no pueden ser indiferentes para la autoridad nominadora. (folios 6 a 10).

Surtido el trámite propio de la primera instancia y después que se produjo concepto Fiscal desfavorable a las súplicas del libelista demandante (folio 342), el Tribunal del conocimiento profirió la sentencia correspondiente y en ella expresó que el traslado es una facultad legal del nominador, aplicable también a funcionarios de carrera administrativa, que es viable utilizar en función del buen servicio; que lo que la ley prohibe es el desmejoramiento en las condiciones laborales del funcionario trasladado; que el empleado de carrera sujeto a esta clase de movimiento de personal, conserva los derechos derivados de ella; que con el traslado del señor Eduardo Castillo Pico de una sede a otra, en las mismas condiciones laborales, no se ve que haya habido desmejoramiento, por lo que no es viable sostener que existió desviación de poder; que los aspectos alegados por la parte demandante sobre las condiciones económicas, sociales y familiares, que se afectaron con la decisión administrativa del traslado, no los contempla la ley como fundamento para determinar si éste es ilegal o no; que con el traslado del actor, la administración no estaba prescindiendo de sus servicios, sino ubicándolo en otra sección del país; que no se demostró en el proceso menoscabo del bienestar personal del señor Eduardo Castillo Pico ni el de su familia, como tampoco del medio y las condiciones de vida del actor, que no podían ser indiferentes al nominador (folios 349 y 350).

Respecto a esta providencia, calendada a 5 de mayo de 1989, que denegó las pretensiones de la demanda, ha llegado el proceso a esta Sala en recurso de apelación interpuesto por la parte actora (folios 352 a355), el cual fue admitido mediante auto de agosto 1° de 1989 (folio 362).

En el recurso de alzada se manifiesta que, de acuerdo con el acervo probatorio aportado al proceso, está demostrado que el demandante y su familia sufrió graves perjuicios de tipo económico, social y moral; que el señor Eduardo Castillo Pico, siendo funcionario de carrera, no podía ser objeto de traslado, y que no se le consultó dicha decisión administrativa adoptada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte; que no fue reunida la comisión de personal del organismo, en el caso de que el actor hubiera cometido falta disciplinaria que obligara al citado Ministerio a trasladarlo de su sede de trabajo donde había laborado por más de quince años; que la parte demandada no demostró la necesidad del servicio, ya que en este aspecto a ella le correspondía la carga de la prueba. (fls. 352 a 355).

El Señor Agente del Ministerio Público -Fiscal Cuarto del Consejo de Estado- descorrió el traslado de rigor y en su concepto de fondo solicitó la confirmación de la sentencia apelada diciendo:

> "Observa la Fiscalía que no se encuentra alegada la inexistencia de la necesidad del servicio en la primera instancia, lo que abriría la posibilidad de prosperidad a las súplicas de la demanda en el evento de que hubiese sido probada. Y que, aunque en el escrito contentivo del recurso sí lo alega, no era esa la oportunidad para adicionar un vicio de nulidad contra el acto y provocar la revocatoria de una sentencia en la que no fue materia de controversia." (fl. 380).

De esta suerte, como no se observa defecto de nulidad que afecte la actuación, para resolver,

SE CONSIDERA

En el caso *sub-júdice*, se trata de establecer si el Decreto No. 1181 de junio 26 de 1987 expedido por el Presidente de la República (folio 36), en cuanto ordenó el traslado del señor Eduardo Castillo Pico del cargo de Jefe de División, Código 2040, Grado 14, de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas No. 15 de Bucaramanga, al cargo de Jefe de División , Código 2040 Grado 14 de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas No. 7 de Montería se ajusta o no a las disposiciones constitucionales y legales que se afirma fueron infringidas en el libelo.

Como se infiere del mismo texto del Decreto acusado, el cargo al cual fue trasladado el actor a la ciudad de Montería es equivalente en sueldo y categoría al que venía desempeñando en la ciudad de Bucaramanga.

De conformidad con el artículo 30 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, invocado como infringido por la parte actora en la demanda (folio 9), "el traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado." En cuanto a las "necesidades del servicio" corresponde a la propia administración establecerlas y se presumen cuando ella dispone el traslado de funcionarios, en cumplimiento de la estatuido en el artículo 30 de dicho Decreto Reglamentario. De ahí que las necesidades del servicio se encuentran implícitas en el acto administrativo contentivo del traslado y, por ende, no requiere motivación, razón por la cual compete al demandante probar lo contrario y no como lo afirma el apoderado del señor Eduardo Castillo Pico en el recurso de apelación, que incumbe a la parte demandada demostrar las necesidades del servicio. (folio 354).

En lo atinente a las "condiciones menos favorables", como lo sostuvo la Corporación en fallo de octubre 26 de 1990, expediente No. 1530, Consejero Ponente Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, ellas "...se refieren a aspectos

objetivos y no subjetivos, es decir, en el sentido de que al empleado no se le puede desmejorar respecto de sus sueldos y prestaciones sociales, categoría y jerarquía, pero no puede predicarse desmejora respecto de circunstancias personales como sería la organización familiar, el trabajo del cónyuge o la educación de los hijos, porque, de ser así, las necesidades del servicio estarían supeditadas a aspectos extraños al servicio público propiamente dicho.

El servicio público en general y la carrera administrativa en particular no tienen que ver directamente con los intereses personales del empleado sino que tienden a lograr una eficaz administración pública. Si bien el empleado adquiere derechos que se le deben respetar, como el de la relativa estabilidad, la administración tiene miras de orden superior, a las cuales debe atender cuando las circunstancias lo exijan.

Si los traslados estuvieran condicionados a las circunstancias personales de cada servidor público, la administración no podría ejercer su autoridad a este respecto, pues normalmente los empleados públicos tienen organizada su residencia y su hogar en el lugar donde prestan sus servicios y el traslado implica de suyo un cambio de domicilio."

El artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, pues, es norma aplicable a los empleados públicos sin distinción alguna, ya se trate de los que estén incorporados a carrera y a los que no lo están, por lo que tampoco asiste la razón a la parte actora, cuando dice que a un funcionario de carrera de las condiciones del demandante no podía ser objeto de traslado (folio 354).

Advierte la Sala que, a la luz del artículo 24 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el traslado es un movimiento de personal, que no tiene connotación disciplinaria y, por consiguiente, la administración no está obligada para adoptar una decisión administrativa de esta naturaleza, consultar previamente con la comisión de personal del organismo donde trabaja el funcionario objeto del traslado, como sí sucede cuando se trata de aplicar la sanción disciplinaria de destitución, según lo estatuido en el artículo 19 de la Ley 13 de 1984.

Cosa bien distinta es que cuando el funcionario considere que ha existido desmejoramiento en sus condiciones de trabajo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 58 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, presente su reclamación a la citada comisión de personal, con el fin de que ésta rinda el respectivo concepto ante el jefe de organismo.

Finalmente observa la Corporación que, por Decreto 297 de febrero 25 de 1988 expedido por el Presidente de la República (folio 89), el cargo al cual fue trasladado el demandante a la ciudad de Montería, se declaró vacante, por abandono en que incurrió su titular.

Así las cosas, por las razones planteadas, mantiénese incólume la presunción de legalidad que cobija al acto y, por ende, habrá que confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 5 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 17 de junio de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Joaquín Barreto Ruiz; Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna; Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR/ SOCIO

Tratándose de la causal de retiro, solo los oficiales que salgan del servicio activo por "separación absoluta" o "retirados por conducta deficiente", son los que no pueden ser socios del Club demandado. Por ello, al invocarse implícitamente en el acto acusado que la causal de retiro denominada "por voluntad del Gobierno" no le permite al actor ser socio efectivo, se está violando, entre otras, el literal a) del artículo 4o. del estatuto de socios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4525. Actor: Héctor Yesid Triana Triana Autoridades Nacionales

Conoce la sala de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por HECTOR YESID TRIANA TRIANA en contra del CLUB MILITAR, con el fin de que se declare nulo el acto expedido por su Junta Directiva el 3 de Mayo de 1989, por medio del cual se le separó como socio y se le restablezca en dicha calidad.

En los hechos de la demanda afirma el actor que prestó servicios en la Policía Nacional por espacio de 25 años, 7 meses y 18 días, habiendo sido desvinculado con el grado de Teniente Coronel, con derecho a disfrutar de

asignación de retiro y en momentos en que gozaba de su condición de socio del mencionado club; que cumplió sus obligaciones de socio y no fue sancionado porque observó buena conducta.

Invoco como normas infringidas por el acto acusado los artículos 16, 26 y 169 de la Constitución Política vigente entonces, el artículo 4o. ordinal a) del Acuerdo No. 023 del 19 de Diciembre de 1985, aprobado por el Decreto 559 de 1986 y el articulo 84 del C.C.A.

La vista fiscal. El Ministerio Público consideró que las pretensiones de la demanda debían denegarse, porque el actor no logró demostrar que hubiera sido socio activo durante 15 años, aunque hubiera acreditado su calidad de retirado del servicio y encontrarse en goce de asignación de retiro policial.

Para resolver se considera:

1. Con arreglo a las previsiones del Estatuto de Socios del club demandado, aprobado por el decreto 559 de 1986, son socios efectivos los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con un mínimo de 15 años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial (artículo 4o. literal a).

2. El 22 de Marzo de 1989 (fl. 26) el Director General de la Policía Nacional, mediante el oficio 00656/PN-DG-PEROF-109, conceptuó ante el Director General del Club demandado que, entre otros ex-oficiales, el actor no debía continuar siendo socio por la causal de retiro (voluntad del Gobierno) o por no cumplir el requisito establecido en el mencionado artículo 4o.-

3. El "tiempo de aporte" indicado en dicho concepto respecto del actor es de 20 años, 2 meses y 27 días y algunos otros oficiales aparecen con un "tiempo de aporte" inferior a 15 años.

4. Luego, frente a que el aludido literal a) exige, para ser socio efectivo que el oficial se retire con un mínimo de 15 años como socio activo y goce de asignación de retiro o pensión militar o policial, concluye la Sala que cuando el concepto de la Dirección de la Policía dice que los oficiales allí relacionados no cumplen con el requisito establecido en dicho literal, no se está refiriendo al demandante sino a otros oficiales que no tuvieron 15 años de aportes o que no tienen derecho a asignación de retiro o a pensión, porque el actor si goza de asignación de retiro y superó aquellos 15 años, y en consecuencia respecto a él, en los términos del concepto, solo sería predicable la causal de retiro, como justificativa de la negación del derecho reclamado.

5. De otro lado, se tiene que el acto principal acusado que obra a folio 3, fundamenta en el aludido concepto la negativa para admitir al actor como socio efectivo.

6. La única explicación para sostener que no puede ser admitido como socio efectivo por haber sido retirado del servicio por voluntad del Gobierno conforme al artículo 4o., literal a) del Estatuto de Socios aprobado por el Decreto 559 de 1986, sería una interpretación literal de la expresión "se retiren" que trae dicha norma, para concluir que el actor no "se retiró" sino que "fue retirado" , por voluntad del Gobierno.

Pero, la Sala observa que en el caso del demandante no se presenta alguna de las causales del mencionado Estatuto de Socios que le impida serlo, a saber: haber sido separado en forma absoluta, o retirado por conducta deficiente, o condenado penalmente en las condiciones allí previstas. Tampoco ha sido "separado" en forma temporal para que transitoriamente haya perdido el derecho, en los términos del parágrafo de la mencionada norma.

En efecto, según el Estatuto de la Carrera de Oficiales de la Policía Nacional, vigente cuando el actor salió del servicio activo (Decreto 96 de 1989) el retiro podía ocurrir, temporalmente, por las siguientes causas: por solicitud propia, por cumplir cuatro años en el grado de general, por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del gobierno, respecto a Oficiales, por sobrepasar la edad correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial, por incapacidad profesional o por inasistencia al servicio por mas de 10 días sin causa justificada. Y en forma absoluta, por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez, por conducta deficiente y por haber cumplido 65 años de edad, en el caso de los oficiales (art. 111).

Entonces, si se aceptara que la expresión "se retiren" contenida en el citado artículo 4o. comprende únicamente a los oficiales que han salido del servicio por solicitud propia, resultaría por ejemplo. que el oficial que no se retiró sino que fue retirado por incapacidad sicofísica, no tendría derecho a ser socio efectivo, aunque reúna los demás requisitos, lo cual no armoniza con los mandatos del artículo 9o., que impiden serlo, pero en otras condiciones.

De ahí, que *tratándose de la causal de retiro*, en los términos de la última norma indicada, solo los oficiales que salgan del servicio activo por "separación absoluta" o "retirados por conducta deficiente", son los que no pueden ser socios del Club demandado.

Por ello, al invocarse implícitamente en el acto acusado que la causal de retiro denominada "Por voluntad del Gobierno" no le permite al actor ser socio efectivo, se está violando, entre otros, el literal a) del artículo 4o. del referido Estatuto de Socios, lo que determina que las pretensiones de la demanda deban prosperar.

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

FALLA:

1o. Declárase que es nulo el acto de la Junta Directiva del Club Militar proferido el 3 de Mayo de 1989, que negó la admisión del demandante HECTOR YESID TRIANA TRIANA como socio efectivo.

2o. Para restablecer el derecho del actor, el Club Militar admitirá como socio efectivo a HECTOR YESID TRIANA TRIANA, con los derechos y obligaciones establecidos en los reglamentos respectivos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 17 de Junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza De Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE/ EXPERIENCIA DOCENTE- Utilización

Unicamente puede computarse para ascenso en el nuevo escalafón, la experiencia docente que siendo apta para ascender dentro del antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen no fue utilizada, el anterior es el alcance correcto del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979.

DEMANDA - Requisitos/ **NORMAS VIOLADAS/ JURISDICCION ROGADA**

La petición de nivelación de sueldos para los años de 1984 y 1985, no tiene una adecuada fundamentación jurídica, ya que se señalaron como infringidos los Decretos 456 de 1984 y 0134 de 1985, sin precisar cual de los distintos artículos que los conforman fueron transgredidos por la administración. Por manera, que siendo esta jurisdicción eminentemente rogada, no es posible examinar la legalidad del acto acusado en ausencia de una individualización de las normas de carácter superior presumiblemente infringidas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4855. Apelación Sentencia. Actor: José Enrique Botero Muñoz.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de Noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso encaminado a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 326 y 426 de 1985 originarias de la Junta Seccional de Escalafón Docente de Caldas, mediante las cuales de denegó la asimilación del actor al grado octavo del escalafón nacional docente, la apreciación de la experiencia docente no utilizada anteriormente, el reconocimiento de la adehala salarial del quince por ciento prevista en el Decreto 624 de 1980, el aumento salarial decretado para los años de 1984 y 1985 y los que se decreten a partir de dichos años.

Al fundamentar la acción se expresa que mediante Resolución No. 2433 de 24 de Junio de 1980 el demandante fue asimilado en el escalafón nacional docente como profesional universitario, en la especialidad de psicólogo, en el grado VI y por la No. 0315 de 10 de Marzo de 1983 fue ascendido al grado VIII. Sin embargo, sostiene, que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 4727 de 5 de Julio de 1974 que estableció una especie de asimilación en la primera categoría del escalafón nacional de enseñanza secundaria para los psicólogos, por equivalencia. tenía derecho a ser asimilado en el grado octavo, correspondiente en términos del nuevo estatuto docente a la primera categoría de secundaria en el escalafón anterior.

De igual manera expresa el libelista, que su asimilación en el grado VI del actual escalafón docente implica el desconocimiento de la experiencia docente no utilizada, toda vez que el proceso de su asimilación se produjo en vigencia de la Resolución No. 6746 de 3 de Junio de 1981 del Ministerio de Educación Nacional que establecía restricciones para la ponderación de la experiencia docente no utilizada, empero, a partir de la anulación por el Consejo de Estado de dicha resolución, la accionante viene recabando el reconocimiento de la experiencia docente no utilizada, pues las decisiones adoptadas con base en ella, deben revocarse o la situación retrotraerse a su estado original, sin obtener pronunciamiento favorable de la Junta Seccional de Escalafón de Caldas respecto de la utilización para efecto de escalafón de un año de experiencia adquirida entre el 1°. de enero y el 30 de diciembre de 1979, la cual, insiste, debe valerse no obstante lo dicho en contrario por el Consejo de Estado en el concepto de 25 de agosto de 1983, pues no es obligatorio su observancia.

También sostiene el accionante que mediante el Decreto 624 de 1980 del Gobierno Nacional se aumentó en un 15% la asignación básica de los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social, estatuto que no ha sido modificado o derogado. Sin embargo, la mencionada Junta de Escalafón suspendió el pago de dicho aumento a partir del 1°. de enero de 1984 y sin formula de juicio condenó al demandante a reintegrar la suma de $375.912.oo, monto del citado reajuste correspondiente a los años de 1981, 1982 y 1983. Así mismo, aduce que no obstante sus requerimientos para el

pago de los aumentos generales de salarios del 13.5% y 10% decretados para 1984 y 1985, la Junta seccional de Escalafón de Caldas se ha negado a reconocerlos pretextando falta de competencia para resolver dicha pretensión, por que quien tiene facultad para ello es el Fondo Educativo Regional de Caldas, entidad pagadora que, a su vez, se abstiene de aplicar en nómina dichos aumentos porque la Junta Seccional no lo ordena.

En el libelo se citan como disposiciones violadas los artículos 1°. de la Resolución 4727 de 1974, 71 del Decreto 2277 de 1979, 26 del Decreto 259 de 1981 y los Decretos Nos. 624 de 1980, 687 de 1978, 456 de 1984 y 0134 de 1985, así como el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política.

El concepto de violación de las normas citadas se desarrolla a folios 158 a 166 del expediente.

En la sentencia impugnada el *a quo* al declarar que no se configura en el *sub lite* la ineptitud de la demanda propuesta por la Fiscalía del Tribunal que aduce una indebida acumulación de pretensiones, en virtud de que en el libelo se impetra la ubicación del actor en un grado superior del escalafón nacional docente y se solicita el reconocimiento de adehalas salariales que no corresponde pagar a dicha Junta sino al FER de Caldas, negó las súplicas del accionante argumentando respecto de la pretensión de su asimilación al grado octavo que la Resolución No. 4727 de 1974 asimiló a los psicólogos, trabajadores sociales y terapistas a las categorías del anterior escalafón nacional de enseñanza secundaria pero sólo para efectos de pago de sueldos, sin que ello significara que quedaban inscritos en dicho escalafón, como lo preveía la misma resolución y, por tanto, no procedía asimilar a tales profesionales en el escalafón previsto en el Decreto 2277 de 1979 en los mismos términos en que lo eran los docentes efectivamente escalafonados en la categorías del escalafón docente de enseñanza secundaria, sobre todo si tiene en cuenta que ni en el nuevo estatuto docente ni en las normas reglamentarias se estipularon condiciones de excepción para los aludidos profesionales; de suerte que los psicólogos quedaron sometidos al nuevo estatuto docente con prescindencia de las disposiciones que para efectos determinados se referían a ellos.

También argumentó el Tribunal :

"El señor José Enrique Botero Muñoz tan solo obtuvo su grado de psicólogo el día 22 de noviembre de 1979, título que fuera registrado el día 28 de abril de 1980 en la Secretaría de Educación de Caldas al folio 9B, libro 1°, de dicho año, (folio 2 Cdno. 2) o sea que cuando fue expedido el Decreto 2277 de 1979, en el mes de septiembre, el patente aún no había obtenido su título, quedando en tal forma la situación planteada, cobijada por las reglas de ésta norma últimamente citada, sin

lugar a aplicación retroactiva alguna de otras disposiciones que resultaron derogadas por tal Decreto." (folio 211).

Respecto de la experiencia docente no utilizada adujo el fallador que el accionante con toda razón le fue denegado el reconocimiento de tal tiempo de servicio mediante la Resolución No. 0326 del 1° de Octubre de 1985, en la que se hace una remisión a la No. 2433 de 1980 mediante la cual se le inscribió en el grado 6° del escalafón nacional docente consagrado en el Decreto 2277 de 1979, cuando realmente se le denegó la utilización de ese tiempo de servicio, acto que se halla en firme, toda vez que contra él no se interpuso ningún recurso o acción, por lo que debe inferirse la aceptación por parte del docente asimilado de la aludida decisión administrativa, vale decir, que el accionante estuvo conforme con su inscripción en el nuevo escalafón con base en el título de psicólogo.

En lo atinente al aumento salarial del 15% previsto en el Decreto 640 de 1980, advierte el Tribunal que solo procedía reconocerlo a 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 de 1974 para efecto de pago de sueldo, lo que significa que quienes carecían o no tenían la calidad académica allí consignada, como le sucedió al demandante que sólo hasta el 22 de Noviembre de 1979 obtuvo el título de psicólogo, " no podían ni pueden reclamar derecho al porcentaje de reajuste suplicado." (folio 212).

En relación con la nivelación del sueldo del actor teniendo en cuenta los reajustes del 13.5% y 10% decretados para 1984 y 1985, el a quo señaló que en la demanda no se expuso en el concepto de violación, el quebranto de una norma precisa en que se fundamentara la pretensión, puesto que se alude a los Decretos 456 de 1984 y 134 de 1985, "conformados por veintiún mandamientos con parágrafos y de los cuales no se ha demandado la tutela objetiva concretamente, señalando cuál o cuáles estima y el por qué violados" (folio 218).

Contra la sentencia comentada la parte actora interpuso el recurso de apelación (folios 224 a 233), insistiendo en el derecho que le asiste al recurrente de ser asimilado en el grado octavo del escalafón consagrado en el decreto 2277 de 1979, ya que si en aplicación de la Resolución No. 4727 de 1974 se le remuneraba como si tuviera el estatus de escalafonado en primera categoría de secundaria, le asiste pleno derecho a que se le inscriba en el grado octavo del susodicho escalafón "toda vez que las condiciones o niveles que otorga un Estatus están en proporción directa al estipendio económico, es decir, si por analogía se debe remunerar a un docente en la categoría primera, como en el caso *sub-judice*, es por que reúne las calidades y condiciones para acceder a dicha categoría, de lo contrario se estaría frente a un reconocimiento indebido e injurídico al remunerar a una persona sin ostentar las calidades para dicho

estipendio económico. El status de la primera categoría es lo que le reporta de pleno derecho la asimilación al grado octavo en la nueva estructura en el Escalafón Docente" (folios 225 226).

Igualmente, el apelante reitera sus planteamientos sobre la procedencia de que se le tenga en cuenta la experiencia docente no utilizada para efectos de ascenso en el escalafón, para lo cual se apoya en jurisprudencia sobre la materia del Consejo de Estado y aduce que la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 6746 de 1981 del Ministerio de Educación conduce "a afirmar que ha desaparecido la limitación al nivel de experiencia docente y a la fecha en que se prestó el servicio Laboral Docente toda vez que las normas anuladas y suspendidas imponían una cortapisa o limitación que en ningún momento se consignan en el artículo 73 del Decreto Ley 2277 tantas veces citado y concebido en términos amplio y general" (folio 231)

Por último, el censor alega que dada su condición de psicólogo tiene derecho al reajuste del 15% previsto en el Decreto 624 de 1980 y que debe cancelársele el aumento salarial del 13.5% y 10% porque "este derecho denominado Nivelación Salarial, no es otro que el pago del típico aumento salarial que ordena el Congreso de la República anualmente para todos los funcionarios Públicos. Derecho conculcado a mi poderdante de dos maneras: La Primera por no aplicársele comunmente, como se le aplica a todos los funcionarios Públicos sobre el salario Básico; La Segunda, siendo como lo es las súplicas ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, rogada, el derecho de súplica como complemento a consecuencia a las anteriores pretensiones, es decir, otorgada alguna de las anteriores, su base se modifica por la aplicación de estos dos reajustes." (folio 232).

La Fiscalía Quinta de la Corporación en la Vista reglamentaria (folios 239 a 244) conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse puesto que la Resolución No. 4727 de 1974 no contempla una forma de ingreso en el antiguo escalafón docente, "Evento que se produjo posteriormente con la expedición del Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, quedando en el artículo 10 *ibídem*, incorporados los profesionales antes mencionados en el Grado 6 del Escalafón, con derecho al ascenso previo el lleno de los requisitos señalados en la norma mencionada" y como la asimilación al escalafón consagrado en el mencionado decreto, se produjo por medio de la resolución No. 02433 de 1980 en cuya virtud fue inscrito en el grado 6°, acto administrativo que no fue impugnado en sede administrativa ni ante esta jurisdicción a pesar de haber sido notificado legalmente al accionante, ello implica que tal decisión se encuentra en firme sin que sea procedente hacer un pronunciamiento al respecto.

Y agrega :

"Lo mismo sucedió con las Resoluciones que posteriormente se dictaron y que fueron ascendiendo el actor hasta el grado 8°, resoluciones números 315 de Marzo 10 de 1983 (folio 8) al grado 7, y 0030 de Marzo 14 de 1986, al grado octavo." (folio 242).

Igualmente, sostiene la Colaboradora Fiscal que comparte lo expuesto por el *a quo* en lo referente al reconocimiento de la experiencia docente no utilizada, pues se halla acorde con la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular y que no es del caso acceder a la pretensión relacionada con el pago del reajuste salarial del 15% consagrado en el Decreto 624 de 1980 para quienes fueron asimilados a la primera y segunda categoría del escalafón de enseñanza secundaria en virtud de la Resolución No. 4727 de 1974, por cuanto sus prescripciones no cobijan al actor, puesto que el título de psicólogo "solamente lo obtuvo hasta Noviembre 22 de 1979, mediante diploma registrado el 28 de Abril de 1980, en la Secretaría del departamento, cuando ya estaba vigente el Estatuto docente, (septiembre 19 de 1979), por lo tanto no es acreedor a dicho reajuste." (folio 243).

Finalmente, la Agencia del Ministerio Público, en relación con la nivelación de sueldos por los años de 1984 y 1985, sostiene que "basta decidir que el libelista se limita a citar como disposiciones violadas los Decretos 456 de 1984 y 134 de 1985, sin individualizar el artículo de dichos ordenamientos que se estima violado por el acto cuya anulación se solicita, no configurándose en esta forma, lo estipulado en el artículo 137, 4 del Código Contencioso Administrativo." (folio 244).

Rituada la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El caso *sub examine* consiste en dilucidar si la junta Seccional del Escalafón de Caldas obró o no conforme a derecho al proferir las Resoluciones Nos. 326 y 426 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 nacional docente con fundamento en la experiencia docente no utilizada, de pago del reajuste del 15% establecido en el Decreto 624 de 14 de Marzo de 1980 y nivelación de los sueldos para los años de 1984 y 1985.

Prohija la Sala los planteamientos del Tribunal del Conocimiento y de la Agencia del Ministerio Público, en el sentido de que mediante la Resolución No. 4727 de 5 de Julio de 1974 (folios 118 y 119) se produjo la asimilación de los psicólogos, trabajadores sociales y terapistas a las antiguas categorías del escalafón de secundaria, pero únicamente para efectos de pago de sueldos y demás prestaciones sociales mientras se creaban los cargos en la planta de los respectivos establecimientos educativos, como claramente se expresa en

su artículo primero, resolución en la cual también se expresó que los mencionados profesionales no pertenecían al escalafón docente.

De conformidad con la certificación visible a folio 2, el accionante obtuvo el título de psicólogo el 22 de Noviembre de 1979 en vigencia del Decreto 2277 de 1979 consagratorio del actual escalafón docente, conforme al cual por ostentar dicho título tenía derecho a ser inscrito en el grado 6° y así lo pidió el actor (folio 1) y lo hizo la Junta Seccional de Escalafón de Caldas por medio de la Resolución No. 2433 de 3 de Septiembre de 1980 (folio 5). Sólo en el interregno entre la fecha de obtención del título de psicólogo y el de la expedición de la citada Resolución pudo el demandante haberse acogido a lo dispuesto en la Resolución No. 4727 de 1974, cuestión que no demostró en ningún momento.

Así las cosas, ni siquiera aceptando en gracia de la controversia, que la asimilación a las categorías del antiguo escalafón de secundaria de los psicólogos, trabajadores sociales y terapeutas prevista en dicha resolución para efectos de pago, implicará la efectiva inscripción de tales profesionales en el referido escalafón, podría, en el presente caso, despacharse favorablemente la pretensión del actor de que se le asimile en el grado octavo, por cuanto, no acreditó que en momento alguno se le hubieran aplicado las disposiciones contenidas en la Resolución No. 4727, lo cual, como se dijo, únicamente hubiera podido ser viable en el lapso comprendido entre la fecha en que se graduó de psicólogo (22 de noviembre de 1979) y la expedición de la Resolución 2433 de 3 de Septiembre de 1980 por la cual se le escalafonó en el grado 6°.

De igual modo y por el mismo motivo, tampoco puede accederse a la súplica relacionada con el reconocimiento del reajuste del 15% de la asignación prevista en el Decreto 624 de 1980, toda vez que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 5o sólo los profesionales con título universitario de psicólogo y trabajador social que fueren asimilados a la primera y segunda categorías de enseñanza secundaria en virtud de la Resolución 4727 de 1974, tenían derecho a ese reajuste y, se repite, como no aparece acreditado el supuesto de hecho consagrado en la norma, no puede declararse en su favor el derecho reclamado.

De otra parte, precisa observar, como certeramente lo anotan el *a quo* y la colaboradora fiscal, que a petición del accionante fue asimilado al grado 6°. del escalafón por medio de la Resolución 2433 de 1980, la cual no fue impugnada en sede administrativa ni demandada ante esta jurisdicción, deduciéndose entonces su voluntad de aceptar el escalafonamiento en el grado citado; así como también se presume, por los mismos motivos, su asentimiento con la inscripción en los grados 7°. y 8° producida por las Resoluciones Nos. 315 de 1980 y 0030 de 1986. De suerte, que tales actos tienen plena vigencia y lo decidido en ellos no es susceptible de cuestionamiento jurisdiccional a través de la impugnación de las resoluciones demandadas, mediante las cuales

la administración no hizo más que ratificar la juridicidad y firmeza de las resoluciones de asimilación y de ascenso, como se colige de lo expuesto en los siguientes términos en la Resolución No. 326;

> "Que el educador fue clasificado en el Grado SEIS por medio de la Resolución No. 2433 del 24 de Junio de 1980 en (sic) base al título de PSICOLOGO obtenido el 22 de Noviembre de 1979.
>
> Posteriormente fue ascendido al Grado SIETE por medio de la Resolución No. 0315 del 10 de Marzo de 1983 de la Junta Seccional. Contra éstas resoluciones no fue interpuesto recurso alguno, encontrándose dichas clasificaciones en firme." (Folio 27).

En lo atinente a la experiencia docente no utilizada que el recurrente pretende se ordene tener en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón, basta señalar que los planteamientos que hizo la administración para negar la petición que en ese sentido elevó al actor contenidos en las resoluciones acusadas, se ajustan a derecho y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular, conforme a la cual y en armonía con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación fechado el 25 de Agosto de 1983, únicamente puede computarse para ascenso en el nuevo escalafón la experiencia docente que siendo apta para ascender dentro del antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen no fue utilizada. Como lo señaló el Tribunal, el anterior es el alcance correcto del artículo 73 del Decreto 2277 de 1979.

Resta agregar que la petición de nivelación de sueldos para los años de 1984 y 1985, no tiene una adecuada fundamentación jurídica, como bien lo advierte el *a quo*, ya que se señalaron como infringidos los Decretos 456 de 1984 y 0134 de 1985, sin precisar cual de los distintos artículos que los conforman fueron transgredidos por la administración. Por manera, que siendo esta jurisdicción eminentemente rogada, no es posible examinar la legalidad del acto acusado en ausencia de una individualización de las normas de carácter superior presumiblemente infringidas.

Fluye de lo expuesto la procedencia de la confirmación de la sentencia apelada, denegatoria de las súplicas del libelista.

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 nueve (9) de Noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el proceso entablado por José Enrique Botero Muñoz con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 326 y 426 de 1985, de la Junta Seccional de Escalafón de Caldas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DÉVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 17 de Junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/ VIA GUBERNATIVA- Agotamiento/ **ACTO PRESUNTO/RECURSOS**

Frente a una petición no resuelta por la administración, para que opere el fenómeno del silencio administrativo negativo dentro del marco legal, no es suficiente el simple transcurso del tiempo de tres meses a que se refiere el artículo 40 del C.C.A., sino que hace falta que el interesado haya interpuesto contra el acto ficto o presunto los recursos procedentes, o demostrado que no procede recurso alguno, o que solo procedía el de reposición. El actor estaba obligado a recurrir el acto administrativo negativo ficto para agotar la vía gubernativa, como requisito *sine qua non* para el ejercicio de la acción contenciosa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4895. Autoridades Nacionales. Actor: Unaldo Montoya Restrepo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de diciembre 19 de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso incoado por el señor UNALDO MONTOYA RESTREPO, en orden a obtener que se declare que operó el fenómeno del silencio administrativo respecto de la reclamación de Octubre 27 de 1987

presentada por el demandante ante el gerente zonal de TELECOM del Departamento de Nariño, la nulidad del acto administrativo ficto o presunto surgido de dicho silencio y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales señalados en el libelo, teniendo en cuenta el índice de devaluación monetaria desde el momento en que tales derechos son exigibles hasta la fecha de su pago efectivo (fls. 2 y 3).

Como hechos en los cuales fundamenta sus peticiones, la parte actora afirma en el escrito introductorio que entre el demandante y la Empresa Nal. de Telecomunicaciones -TELECOM- existió una relación laboral a partir del 1°. de Septiembre de 1979; que como consecuencia de dicha relación el actor se obligó a prestar sus servicios como mensajero en la agencia del citado organismo en BUESACO- Departamento de Nariño; que Telecom no le reconoció el salario que le corresponde de conformidad con la escala de remuneración establecida para esa entidad, según la cual como mensajero grupo IV escala RDE-02, fijada por el Decreto 192 de 1987, el actor debió devengar un salario igual a $48.496 oo pesos mensuales; que al demandante se le hicieron descuentos para CAPRECOM y en ningún momento se le reconoció el derecho a disfrutar de servicios médicos, ni tampoco fue afiliado a esta institución; que TELECOM no ha pagado al actor prestaciones y salarios; ni reajustes de remuneración, acordes con el Decreto No. 2201 de 1987; que el nombramiento del demandante fue declarado insubsistente el 30 de Marzo de 1987 mediante télex del día 29 del mismo mes y año; que al actor se le canceló la bonificación por entrega de telegramas estatuida en el mencionado decreto (fls. 4 y 5).

Se citaron como disposiciones violadas los artículos 16, 17 y 32 de la Constitución Política anterior; artículo 17 de la Ley 6 de 1945; artículo 8 del Decreto 3135 de 1968; artículos 48 y 51 del Decreto 1848 de 1969; artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; artículos 4, 5, 8, 17, 20, 32, 33, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 2 ib. del Decreto 2201 de 1987; artículos 3 literales a, d, h, i, j, y 5 literal a) del decreto 192 del mismo año (fl. 5).

El concepto de la violación se expone como aparece a folios 5 a 9 del expediente.

El Tribunal del Conocimiento denegó las súplicas de la demanda (fls. 190 a 199), acorde con el concepto de la agencia del Ministerio Público, pues a su juicio el actor fue un mensajero a destajo, sin que tenga la calidad de funcionario público, caso este en el que sería acreedor al reconocimiento de prestaciones sociales como las solicitadas por la parte actora en el escrito introductorio.

Manifestó el *a-quo* en la sentencia recurrida, que el denominado contrato de locación de servicios es una modalidad del contrato de prestación de servicios, y que la prestación del servicio de mensajería y similares debe

considerarse como otra de las clases de contratos de esta especie que consagra el art. 167 del estatuto contractual.

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 201 a 204), la parte actora señala que el demandante era empleado público de Telecom; que la labor realizada no fue solo la de mensajero sino, además; la de atender actividades de oficina; que el actor se vinculó a TELECOM el 1°. de Septiembre de 1979 y el Decreto 222 fue expedido en el año de 1983, por lo que esta disposición no podía regir un vínculo laboral consolidado desde aquel año, razón por la cual hubo un indebida aplicación de la Ley por el a-quo; que los contratos administrativos previstos por dicho Decreto tienen requisitos solemnes que solo pueden pactarse por escrito; que en el caso sub-lite no consta en el expediente contrato alguno suscrito entre TELECOM y el actor, ni al iniciarse la prestación del servicio ni con posterioridad; que así las cosas por el carácter de empleado público que tenía el demandante, según el artículo 5 del Decreto No. 3135 de 1968, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en concepto de Junio 5 de 1990 (fls. 209 a 210), es de opinión que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas del escrito introductorio, puesto que el actor era empleado público de TELECOM; que siendo esta entidad un establecimiento público del orden nacional está consagrada la presunción legal, acorde con el artículo 5°. del Decreto 3135 de 1968, de que las personas a su servicio tienen la categoría de empleados públicos; que dicha presunción solo es susceptible de desvirtuarse en la medida en que se hubiera probado que el demandante desempeñaba actividades relacionadas con la construcción y mantenimiento de obras públicas o de aquellas que de conformidad con sus estatutos pueden ser desarrolladas por personas vinculadas por contrato de trabajo; que como tales supuestos no fueron alegados ni probados por TELECOM, cabe la conclusión de que al actor de tenérsele como empleado público, sin que esta afirmación pueda ser desvirtuada por el argumento de identificar el vínculo laboral como un contrato de prestación de servicios, pues como bien lo sostiene el recurrente, dicho contrato debe constar por escrito, ya que su prueba es solemne; que como no hay elementos de juicio lo suficientemente claros que permitan determinar la cuantía de los factores de sueldo, bonificaciones y prestaciones reclamandos, debe acudirse a la condena in genere.

Admitido el recurso de apelación por auto de Abril 4 de 1990 (fl. 207), cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, establecía que para ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa en petición de nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, se necesitaba:

> 1-) Que se haya agotado la vía gubernativa, o 2-) Que las autoridades no hubieren dado la oportunidad de ejercer los recursos existentes, o 3-) Que se haya operado el fenómeno del silencio administrativo frente a los recursos interpuestos.

Por ende, una es la figura del agotamiento de la vía gubernativa y otra la del silencio administrativo. El artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, se refería al silencio administrativo negativo, aplicable en este asunto en los siguientes términos:

> La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto."

Esta disposición se encontraba vigente para la fecha en que se presentó el escrito introductorio.

Como lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, frente a una petición no resuelta por la administración, para que opere el fenómeno del silencio administrativo negativo dentro del marco legal aludido, no es suficiente el simple transcurso del término de tres meses a que se refiere el citado artículo 40, sino que hace falta que el interesado haya interpuesto contra el acto ficto o presunto los recursos procedentes, o demostrado que no procede recurso alguno, o que sólo procedía el de reposición.

En el caso *sub-judice* observa la Sala que el demandante formuló la petición de pago de las sumas que a su juicio le adeuda Telecom, (fl. 54 a 56) al Gerente Zonal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, lo cual hace presumir, salvo prueba en contrario, que era él y no el Gerente General o Presidente de este establecimiento público, la autoridad competente para ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales reclamados por el actor. Siendo ello así, hay que concluir que el acto administrativo, real o ficto, proferido por el Gerente Zonal de TELECOM, era susceptible de recursos por la vía gubernativa y dentro de ellos el de apelación, ante su superior jerárquico, salvo que aquel actuara en virtud de delegación.

En consonancia con lo anterior, el actor estaba obligado a recurrir el acto administrativo negativo ficto para agotar la vía gubernativa, según mandato del artículo 135 del C.C.A., como requisito *sine qua non* para el ejercicio de la acción contenciosa.

Como el caso *sub-exámine* no aparece demostrado que el actor hubiera interpuesto el comentado recurso de apelación, se debe concluir que no hay silencio administrativo legítimamente para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual no puede haber un pronunciamiento de mérito.

De allí, que como en este asunto el *a-quo* se pronunció en el fondo para denegar las súplicas del escrito introductorio, se debe proceder a revocar la sentencia apelada y en su lugar la Sala declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de mérito en relación con la solicitud de condena contra TELECOM.

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) REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de Diciembre de 1989, en el proceso incoado por UNALDO MONTOYA RESTREPO contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- con el fin de obtener el reconocimiento y pago de sus salarios y prestaciones sociales.

2) En su lugar se DECLARA INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de mérito en este asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 23 de junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente*; Alvaro Lecompte luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA/ INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/ JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA

Los actos acusados constituyen una actuación administrativa, susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero no es acertado afirmar, que a través de la acción instaurada sea posible obtener un restablecimiento del derecho, como se afirma en la demanda, ya que en el supuesto de declararse la nulidad de tales actos, surge consecuencialmente de inmediato el restablecimiento del derecho, cual es la declaratoria de existencia de despidos colectivos. De conformidad con el artículo 128 del C.C.A., la jurisdicción de lo contencioso administrativo sería competente para conocer de la pretensión primera de la demanda, no así de la segunda, puesto que se ha incurrido en una indebida acumulación de pretensiones al no darse los presupuestos señalados en el artículo 82 del C. de P. C., en concordancia con el artículo 52 del Decreto 2651 de 1991.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 6978. Autos Interlocutorios. Actor: Jesús María Manrique Grajales.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 24 de enero de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, mediante el cual se inadmitió la demanda.

Para rechazar el libelo de la demanda, basose el Tribunal en la falta de jurisdicción y el no agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto a lo primero, arguye el *a-quo*, que la controversia tiene su origen en un contrato de trabajo, y la pretensión de reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales deben elevarse ante la jurisdicción ordinaria laboral, puesto que los numerales sextos de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, sólo facultan a esta justicia para conocer de los procesos de restablecimiento del derecho de este carácter que no provengan de un contrato de trabajo.

Y en cuanto a lo segundo, o sea, el no agotamiento de la vía gubernativa, se remite al informe de secretaría, que hace referencia a que el sindicato respectivo instauró demanda contra las mismas resoluciones para impetrar el pago de cuotas sindicales dejadas de pagar por los trabajadores desvinculados de la empresa, que es bien distinto a lo pretendido por el demandante en el presente asunto.

En el escrito de sustentación de la alzada, el apoderado del actor invoca el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a que el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el juzgamiento de los litigios administrativos originados en la actividad de las entidades administrativas al Ministerio de Trabajo, en virtud del cual éste efectuó la clasificación de los despidos masivos en la Empresa Industrias NOEL S.A., de acuerdo con el artículo 4o. del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 13 del Decreto 1373 de 1966.

Hace hincapié el apoderado recurrente en que impugna una actividad propia de la administración ante la imposibilidad de un restablecimiento del derecho para el actor, para que a éste se le repare el daño previa anulación de los actos, ocasionado por omisión en el deber de vigilancia y control, y no sólo como lo anota el Tribunal en el proveído impugnado, que se pretende su reintegro y el pago de prestaciones sociales.

Con relación al no agotamiento de la vía gubernativa, afirma que la resolución del Ministerio de Trabajo fue recurrida por el sindicato en ejercicio de la facultad que otorga el artículo 373-4 del Código Sustantivo del Trabajo, amén de que no es cierto, que por la vía gubernativa la organización sindical solamente hubiera pretendido el pago de cuotas sindicales dejadas de percibir, ya que según la parte motiva de la Resolución 2933 de 17 de junio de 1991,

lo pedido fue la inclusión en la declaratoria de despidos colectivos de algunos trabajadores.

Para resolver,

SE CONSIDERA

En verdad los actos acusados constituyen una actuación administrativa, susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, pero no es acertado afirmar, que a través de la acción instaurada sea posible obtener un restablecimiento del derecho, como se afirma en la demanda, ya que en el supuesto de declararse la nulidad de tales actos, surge consecuencialmente de inmediato el restablecimiento del derecho, cual es la declaratoria de existencia de despidos colectivos, como lo impetra el actor.

Precisamente, el inciso final del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo autoriza a los organismos de lo Contencioso Administrativo en las sentencias estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas, para así restablecer un derecho particular, pero frente a la administración, no ante los particulares terceros que podrían verse afectados con el fallo que dirimieran la controversia.

Así las cosas, la pretensión de reparación del daño deducida frente a la administración, y ante la imposibilidad de obtener un restablecimiento de derecho, carece de razón y aparece ajena sin ninguna relación de causalidad con los actos impugnados.

El perjuicio que alega el actor le fue causado, consistente en privarlo de salarios y prestaciones, tiene su origen en un contrato de trabajo, no en una actuación administrativa, por la cancelación por parte del patrono de su contrato de trabajo. Y de ahí, como bien anota el Tribunal, ese perjuicio debe reclamarlo al patrono por intermedio de la jurisdicción ordinaria laboral, facultada de dirimir los conflictos laborales originados en un contrato de trabajo.

De conformidad con el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería competente para conocer de la pretensión primera de la demanda, no así de la segunda, puesto que se ha incurrido en una indebida acumulación de pretensiones al no darse los presupuestos señalados en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 52 del Decreto 2651 de 1991.

Con base en las anteriores consideraciones, y diferentes a las esbozadas por el Tribunal, la Sala confirmará el proveído impugnado.

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

RESUELVE :

Confírmase el auto apelado de 24 de enero de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera.

En firme esta providencia devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 15 de julio de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA FORZADA

No puede pensarse en el presente caso que el actor tuviera la suficiente voluntad para reiterarse del servicio, si tanto el Ministro de Defensa como el Director General del Fondo Rotatorio, solicitaron la presentación de las renuncias al personal y este último concretó la petición para que se entregaran en un término improrrogable de 14 horas. No puede existir en ese caso un verdadero consentimiento, pues solamente primó una decisión, de una parte y de la otra, el empleo de jefe de sección, el actor no pertenece al nivel directivo, sino al ejecutivo, según lo preceptúa el artículo 24 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los establecimientos públicos del sector de la Defensa Nacional en cuanto se refiere al nivel de empleos, por mandato expreso del artículo 99 del citado Decreto. No existiendo un verdadero consentimiento por parte del demandante para reiterarse del servicio, ya que la renuncia le fue exigida y su empleo no es de la cúpula jerárquica superior, ella carece de valor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 3771. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos Arturo Barrios Zambrano.

CARLOS ARTURO BARRIOS ZAMBRANO, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios, el primero sin número y de fecha 18 de agosto de 1.982 - circular - por medio del cual el Director General del Fondo Rotatorio del Ejército Nacional, le solicita presente renuncia protocolaria, al cargo del cual es titular, y el segundo, el oficio No. 3914 FRE DG de 14 de diciembre de 1.982, también suscrito por el Director General y mediante el cual se acepta su renuncia a partir del 31 de diciembre de 1982.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, el actor manifiesta que la renuncia que él presentó no fue libre, espontánea, ni voluntaria, pues ella fue entregada de acuerdo a la solicitud que el Director General le hiciera y en un cargo que no era del nivel directivo, pues desempeñaba el empleo de Jefe de Sección Crédito.

Agrega el actor que además le fue aceptada luego de haber transcurrido 133 días, por lo cual devino en inexistencia dicha renuncia.

Finalmente señala que los actos acusados se produjeron con abuso y desviación de poder.

Como disposiciones violadas cita los artículos 16, 17, 20 y 30 de la C.N. de 1886, y 58, 59 y 61 del Decreto 3107 de 1965.

El Fondo Rotatorio del Ejército Nacional se opuso a la pretensiones del actor expresando que en realidad la aceptación de la renuncia protocolaria, se produjo "con el fin de anticipar al empleado la información de que con fecha 31 de diciembre de 1982 el Fondo Rotatorio del Ejército prescindiría de sus servicios declarándolo insubsistente, como en efecto se hizo por medio de la Orden Semanal No. 052 de la Dirección General del Fondo Rotatorio del Ejército para el día 31 de diciembre de 1982". La oposición básicamente se orienta a señalar que la causal de retiro del demandante fue declaratoria de insubsistencia, acto que no demandó el actor, y no la aceptación de la renuncia protocolaria que es el acto acusado.

En el término del traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron sus respectivas apreciaciones.

El Fiscal Séptimo ante el Tribunal Administrativo, expresa que los actos administrativos fueron demandados en forma extemporánea y por ello cabe plantear la excepción de caducidad, de la acción. Señala que el primero se demandó muy extemporáneamente, y el segundo, el acto de aceptación en la misma forma, pues éste documento de la renuncia tiene fecha de 14 de diciembre de 1982 y el libelo fue presentado al Tribunal Administrativo el 16 de abril de 1983.

Agrega el Fiscal que si no se profiere fallo inhibitorio, el Tribunal deberá denegar las pretensiones, pues el retiro del actor se produjo fue por la declaratoria de insubsistencia del nombramiento según consta en la Orden Semanal No. 052, ya que en el documento que se dice acepta la renuncia, expresa que la novedad Fiscal se producirá a partir del 31 de diciembre de 1982.

Señala también la Fiscalía que no se probó cuando se presentó la carta de renuncia, para saber si la solicitud de renuncia y la aceptación de ella tienen algún nexo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante ésta sentencia declaró la caducidad de la acción y profirió fallo inhibitorio para decidir en el fondo acogiendo la tesis de la Fiscalía Séptima.

Dijo el Tribunal lo siguiente:

"3.- Examinados los actos acusados, el libelo demandatorio y el proceso mismo, la Sala observa, en efecto, que la acción se halla caducada, pues - como bien lo indicó el sr. Fiscal - los oficios contentivos de las decisiones en referencia aparecen fechadas - y no se probó en ninguno de ellos data de recibo como era lo requerido - el 18 de agosto y el 14 de diciembre de 1982 y la demanda se formuló el 16 de abril de 1983, cuando ya habían precluido los cuatro meses calendario para instaurar la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, al tenor de lo dispuesto en el C.C.A.".

El actor apeló esta decisión por estimar principalmente que solo tuvo conocimiento de la aceptación de su renuncia, el día 16 de diciembre de 1982 hecho que hizo constar en la demanda y que no fue controvertido en el proceso, por lo cual conforme lo ha aceptado la Sala Plena del Consejo de Estado, al tenor del artículo 197 del C. de P.C., la confesión del apoderado se presume verídica respecto de los escritos de la demanda y de sus excepciones, mientras no sean desvirtuados en el curso del proceso.

En apoyo de ésta afirmación cita y anexa copia de la providencia de 18 de noviembre de 1981, expediente No. 10.779.

Señala el actor, que la fecha de entrega de la aceptación de la renuncia debe constar en los antecedentes administrativos y si allí no aparece se debe a una omisión imputable a la administración y por lo tanto las dudas sobre estos aspectos deben resolverse en su favor.

En el término del traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron sus puntos de vista.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado *solicita se revoque la providencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda,* por estimar que el retiro del actor se produjo por la aceptación de la renuncia y no por la declaratoria de insubsistencia, acto que no había caducado al momento de la presentación de la demanda pues el término se debía contar a partir de su ejecución que lo fue desde el 31 de diciembre de 1982. (se subraya).

Analizando el fondo de las pretensiones, la Fiscalía expresa en uno de sus apartes lo siguiente:

"En el presente caso, está probado mediante la circular de agosto 18 de 1982 que el Director General del Fondo Rotatorio del Ejército solicitó la renuncia al actor (fl. 2), y que posteriormente se le aceptó, y aunque el texto de la misma no aparece en el expediente, del contenido del Oficio No. 3914 del 14 de diciembre de 1982, se deduce claramente que esta se llevó a cabo, demostrando en esta forma, que la voluntad del demandante de separarse del cargo no fue libre y espontánea, por lo que se configura una desviación de poder que hace anulable el acto."

Para resolver se considera:

1) Debe entrar a examinarse en primer término la excepción de caducidad propuesta por el Fiscal del Tribunal Administrativo, respecto de los actos acusados.

2) El Fondo Rotatorio del Ejército dentro del proceso no discutió ni objetó el contenido de los actos y sus fechas de una parte, y de la otra, tampoco puso en duda ni desvirtuó que el acto de aceptación de la renuncia le hubiera sido entregado al actor en la fecha que se señala en la demanda.

3) Tampoco aparece en los antecedentes administrativos del actor y que se anexaron al proceso, que la fecha alegada no fue la de la entrega de la aceptación de la renuncia.

4) Textualmente dicen estos documentos:

a) Oficio del Ministerio de Defensa Nacional:

"MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Bogotá D.E. 16 de agosto 1982

No. 4814 MDSGR-109

Señor Coronel

GUSTAVO MEDINA PLAZAS

Director Fondo Rotatorio del Ejército

Ciudad

Señor Director:

Con el objeto de dejar en completa libertad al Gobierno para reestructurar la Administración Pública Nacional, el señor Coronel Director solicitará en la forma más cordial la renuncia protocolaria de los *directivos* de esa Entidad, quienes deben presentarla a esa Dirección.

Atentamente,

General FERNANDO LANDAZABAL REYES

Ministro de Defensa Nacional"

b) Oficio del Director General del Fondo Rotatorio de solicitud de renuncia.

"FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO DIRECCION GENERAL

Bogotá, D.E. agosto 18 de 1982

CIRCULAR

ASUNTO : Renuncia Protocolaria

AL : Señor Capitán (r)

CARLOS A. BARRIOS ZAMBRANO

Jefe Sección Créditos

Gn.-

Atentamente me permito solicitar a Ud., *presentar* a esta Dirección "Su renuncia Protocolaria" al cargo que actualmente ocupa en el Fondo Rotatorio del Ejército *con plazo* 14 horas del día de hoy.

Esta solicitud debe presentarse en base al oficio No. 4814 del 16-AGT 82, procedente del Ministerio de Defensa Nacional, el cual se adjunta.

FIRMA:

Coronel GUSTAVO A. MEDINA PLAZAS

Director General"

c) Oficio de aceptación de la renuncia:

" FONDO ROTATORIO DEL EJERCITO

No. 3914 FRE-DG *Bogotá D.E. 14 diciembre1982*

ASUNTO : *Aceptación retiro*

AL : Señor Capitán (r)

CARLOS ALBERTO BARRIOS ZAMBRANO

La Ciudad.-

En atención a que en reciente Orden Administrativa de Personal traslada al Fondo Rotatorio del Ejército a varios oficiales del cuerpo logístico y teniendo en cuenta *la solicitud de retiro elevada por usted*, con el fin de dejar en libertad al Gobierno para reestructurar la Administración Pública Nacional, me permito informar al señor Capitán (r) CARLOS ALBERTO BARRIOS ZAMBRANO, que *le fue* (sic) *aceptada su solicitud con novedad fiscal* 31 de diciembre del año en curso.

Deseo expresar como Director General del fondo Rotatorio del Ejército, mis sentimientos de gratitud por su colaboración, interés y entusiasmo, gracias a lo cual las políticas y metas trazadas para el presente año se cumplieron con muy buenos resultados.

Hago propicia la ocasión para desearle verdaderos éxitos personales en sus futuras actividades.

FIRMA:

Coronel GUSTAVO A. MEDINA PLAZAS

Director General"

5) Consta en el libelo demandatorio que fue presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 16 de abril de 1.983 (fl. 9 v.).

6) El artículo 83 de la Ley 167 de 1.941, vigente en el año de 1.983, regulaba los términos de la caducidad en la siguiente forma:

"La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo....

La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción."

7) Sin lugar a dudas la aceptación de la renuncia debía ser comunicada al actor por parte del Fondo Rotatorio para que éste tuviera conocimiento de su situación jurídico laboral frente a la entidad, pues tal expresión de voluntad de la administración tenía una gran trascendencia en el plano jurídico de sus deberes, derechos y obligaciones, pues se refería a la posibilidad de continuar o no vinculado laboralmente al Fondo Rotatorio.

8) Lo anterior nos permite concluir que tanto la fecha de la comunicación como el contenido de la voluntad administrativa del documento de aceptación de la renuncia, son elementos básicos en el presente proceso, pues de una parte se puede concluir que esta expresión de voluntad administrativa al decidir poner fin a la relación laboral del Fondo Rotatorio con el demandante, constituye un típico acto administrativo, y de la otra, la fecha de su comunicación precisa el nacimiento de derechos y obligaciones a una y otra parte.

9) Aunque en estricto sentido la aceptación de la renuncia no se realiza mediante la notificación, sino que basta su comunicación, es esta la fecha que debe tenerse en cuenta para empezar a determinar la caducidad, toda vez que la administración se manifestaba mediante un acto administrativo y no simplemente mediante un hecho u operación administrativa.

Por estos motivos es ilustrativa, la providencia de la Sala Plena de esta Corporación, invocada por el actor, expediente No. 10.779, y en cuya parte pertinente dice:

"Lo anterior permite anotar que cuando es forzosa la notificación, como en este caso, solo cuando ella se haya surtido comienza el término de cuatro meses a que alude el artículo 83 del C.C.A. La circunstancia de que éste artículo disponga indistintamente que tal término se cuenta a partir de la publicación, notificación o ejecución, en nada quita el carácter prioritario que tiene para esos efectos la notificación cuando la ley prevé la admisibilidad de los recursos.

4. El apoderado sostiene la demanda que la Resolución que resolvió la reposición se notificó el 20 de agosto de 1979.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del C. de P., se presume verídica la confesión del apoderado judicial en los escritos de demanda y excepciones. De suerte que debe partirse de esta prueba para afirmar,

mientras ella no sea desvirtuada, que si la demanda se presentó el 19 de diciembre siguiente tal presentación se hizo en tiempo." (se subraya)

10) Por consiguiente considera la Sala que la aceptación de la renuncia al actor, es un verdadero acto administrativo por las consecuencias jurídicas de ella. De otra parte, el Fondo Rotatorio no demostró que dicho acto se hubiera expresado en una resolución o en un decreto y por lo tanto cuando el demandante lo acusa por estar contenido en el Oficio No. 3914 de fecha 14 de diciembre de 1982, debe aceptarse que obró de acuerdo a las circunstancias ya que con tal conducta procesal el actor trató de individualizar el acto administrativo que dice acusar, facilitando así su estudio y concreción, y adecuando los hechos a las exigencias legales, que en esa oportunidad requería el numeral 3o. del artículo 84 del C.C.A., cuyo texto expresaba:

"Toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá dirigirse al tribunal competente, y contendrá: (...)

3º. *Los hechos u omisiones fundamentales de la acción*:

(...)" (se subraya)

11) Luego de dejar sentada la naturaleza jurídica del acto acusado, debe además admitirse como lo hizo la Sala Plena de la Corporación que el término de la caducidad en este caso debe contarse a partir de la fecha de su comunicación o notificación, y de que esta actuación se surtió como lo dijo el demandante el día 16 de diciembre de 1982, pues en el curso del proceso tal afirmación no se desvirtuó ni en la contestación de la demanda, ni en las pruebas practicadas, ni con el aporte de los antecedentes administrativos del actor, por parte del Fondo Rotatorio.

12) Verificado que fue el 16 de diciembre de 1982, la época en que se comunicó al demandante su retiro del servicio, y teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 16 de abril de 1983, se concluye que dicho acto se demando en la oportunidad legal y que por lo tanto no le asiste razón al Tribunal cuando declaró la caducidad de la acción y se abstuvo de fallar en el fondo, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada.

13) Igualmente conviene examinar los efectos de la aceptación de la renuncia por parte del Fondo Rotatorio y la posterior declaratoria de insubsistencia contenida en la orden semanal proferida en el mes de diciembre de 1982.

14) Para tal efecto, es necesario examinar si el estatuto de personal del Fondo Rotatorio del Ejército contempla la figura de la renuncia como una causal autónoma de retiro del servicio, o ella apenas es un acto previo y de trámite para declarar posteriormente la insubsistencia.

15) Como el Ministerio de Defensa expresa que el Decreto 2353 de 1971 derogó el Decreto 3107 de 1965 invocado por el actor, habrá de decirse que expresamente no lo hizo y en cuanto se refiere a las causales de retiro del servicio de personal del Fondo Rotatorio, como el Decreto 2353 no las reguló en ninguno de sus 48 artículos, debe entenderse que no se produjo una derogatoria tácita.

16) El artículo 58 del Decreto 3107 de 1965, estatuto de los Fondos Rotativos de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, regula las causales de retiro del servicio de su personal.

Expresa esta disposición lo siguiente:

"Se entiende por retiro la cesación de funciones por parte del empleado, conforme a las siguientes causales:

a) *Renuncia* regularmente aceptada;

b) *Insubsistencia* del nombramiento;

c)Abandono del cargo;

d) Incapacidad psico-física permanente;

e) Mala conducta comprobada.

f) Supresión del cargo para el cual fue nombrado;

g) Incumplimiento de los deberes propios del cargo, y

h) Demás causales al tenor de las disposiciones legales".

(se subraya).

17) El artículo 59 *ibídem*, define la renuncia en los siguientes términos:

"La renuncia solamente se produce cuando el empleado *manifiesta* en forma escrita e *inequívoca* su voluntad de *separarse* definitivamente del servicio, y *tiene efecto* cuando ha sido *aceptada* por la autoridad competente, pero el empleado no puede abandonar el servicio sino en la *fecha que determine* la misma autoridad. Dentro de los treinta (30) días siguientes, la administración deberá tomar una decisión sobre el particular. *La aceptación* de la renuncia *la hace irrevocable*."

(se subraya).

18) Aunque el Decreto 3107 de 1.965, no define la declaratoria de insubsistencia, se concluye que teniendo en cuenta las diferentes causales de retiro del servicio que el artículo 58 expresó, ella constituye una causal diferente e independiente de la renuncia por la naturaleza jurídica y ejercicio de ella. Mientras la renuncia debe partir de la voluntad libre y autónoma del empleado, la insubsistencia del nombramiento constituye un elemento básico de ejercicio del poder nominador.

Sin lugar a dudas cuando el artículo 71 *ibídem*, expresa que "los empleados civiles al servicio de los Fondos Rotatorios, son de libre nombramiento y remoción de los Gerentes o de las Juntas Directivas", con ello está indicando que la declaratoria de insubsistencia constituirá el instrumento jurídico válido a emplear cuando la Administración desee retirar a un empleado del servicio y éste no haya manifestado su deseo de desvincularse del organismo.

19) Por consiguiente se concluye que el estatuto de personal de los Fondos Rotatorios del Ejército, diferencian con claridad la renuncia de la declaratoria de insubsistencia, y por lo tanto cuando el actor atacó únicamente la aceptación de la renuncia sin hacer mención de la insubsistencia, se considera que obró adecuadamente toda vez que aceptada aquella, el empleado demandante quedaba retirado del servicio a partir del 31 de diciembre de 1.982 como allí se le dijo, y el acto de insubsistencia que posteriormente se dictó carecía de toda eficacia jurídica, pues mal podía retirarse a quien ya se había ordenado separar del servicio.

20) Precisadas las anteriores circunstancias objeto del debate procesal, deberá entrar a examinarse el ataque que el actor efectuó a la aceptación de su renuncia.

21) De acuerdo con el artículo 59 del Decreto 3187 de 1.965, son elementos integrantes de ella. los siguientes:

a) Es una facultad que la ley le ha atribuido al empleado público para manifestarle a la entidad su deseo de separarse del servicio y terminar su relación laboral.

b) La manifestación de retiro debe ser libre, voluntaria y espontánea del funcionario, a diferencia de la declaratoria de insubsistencia la cual debe partir exclusivamente de la Administración.

c) Produce efectos jurídicos solamente cuando ha sido aceptada por la autoridad competente y por lo tanto el empleado no puede abandonar el servicio.

d) La administración debe tomar una decisión dentro de los 30 días hábiles siguientes a su presentación, y

e) La aceptación de la renuncia la hace irrevocable.

Este último elemento característico, reafirma, una vez más que aceptada por la administración. el empleado queda desvinculado a partir de la fecha que en ella se le señale.

22) El consentimiento entendido como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto e integrado por dos actos sucesivos, la manifestación de realizar algo como el de retirarse del servicio, y su aceptación, como acto de la administración, consecuencia de la primera manifestación del empleado, se desnaturaliza si no se dan estos dos actos sucesivos, pues no puede aceptarse lo que voluntariamente no se ha presentado.

23) La jurisprudencia ha estimado que las renuncias solicitadas a los titulares de cargos de carácter político-administrativo como los de Ministros, los Jefes o Directores de Departamento Administrativo, los Superintendentes, los Viceministros y Secretarios Generales, son válidas por cuanto el fin perseguido se orienta a la integración burocrática de la cúpula gubernamental y administrativa que se encargará de la implantación y desarrollo de las políticas gubernamentales.

En estos casos la insinuación de la renuncia constituye un mecanismo encaminado a evitar la insubsistencia, que en un alto cargo no es muy consonante con las prácticas administrativas gubernamentales.

Esta Sala se pronunció al respecto mediante sentencia de 26 de abril de 1991, expediente 3531, actor HERMAN HAROLD BOLMMER RENGIFO, en los siguientes términos:

> "El Consejo de Estado ha aceptado que una insinuación de renuncia, constituye un mecanismo protocolario encaminado a evitar la expedición de un acto de insubsistencia. De otra parte, como la Presidenta del Banco, carecía de poder jurídico para decidir sobre la renuncia, dicha sugerencia de dimisión, era totalmente inocua.
>
> La Corporación inclusive ha sostenido en diversas oportunidades, que la solicitud de renuncia a funcionarios públicos del *nivel directivo*, por parte de la autoridad nominadora, investida de la facultad de libre nombramiento y remoción, no constituye una conducta desviada de la administración, explicable por razones funcionales en atención al rango y atribuciones de responsabilidad y confianza de los altos cargos de la función pública." (se subraya)

24) Así mediante sentencia de primero de febrero de 1991, expediente No. 4801 con ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, dijo:

"En ese orden de ideas muchas veces se ha creído que, cuando se trata de empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, su desvinculación discrecional por simpatías partidaristas, lejos de ser contrarias al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca porque excluye de la administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo político que domine la escena burocrática en determinado momento y porque llama a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes.V. Sin embargo, para la Sala, reexaminando la cuestión, encuentra que ese criterio está lejos de satisfacer nociones ligadas a lo que ha de entenderse por "desviación de poder" como vicio de los actos administrativos en general, pero que adquiere mayor relevancia tratándose de los discrecionales. Que se mantengan las concepciones que se han recordado en el acápite anterior para los cargos realmente políticos porque hacen del individuo empleado un cabal rector de la cosa pública, como son los funcionarios en el literal a) del citado segundo inciso del artículo 3o. del Decreto-ley 2400 de 1968 (Ministros de Despacho, Jefes de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y de Departamentos Administrativos, etc., y a los que podrían agregarse los cargos de Gobernador, Secretarios de los Despachos de éstos, Intendentes, Comisarios, Gerentes de Empresas Industriales o Presidentes de Establecimientos Públicos y otros similares), es algo lógico y congruente, pero no así en cargos que en verdad son meramente administrativos o que debieran ser de carrera, mas cuyos titulares, por cualquier eventualidad, no se hayan vinculado a alguna de las múltiples "carreras" que la ley ha ido estableciendo."

25) Circunscribiéndonos al tema del debate procesal propuesto por el actor y aceptado por el Ministerio de Defensa, se deberá examinar el tema de las renuncias protocolarias que fue la terminología empleada en la circular y oficio impugnados.

Para este efecto, resulta de gran importancia referirnos a la sentencia de 9 de noviembre de 1981, expediente 4873 con ponencia del Dr. IGNACIO REYES POSADA, en la cual se precisó su viabilidad siempre y cuando existiera en el empleado una voluntad inequívoca de dejar en libertad al nominador para que este organizara sus cuadros administrativos, aun cuando el empleado dimitente no tuviera razones personales para dejar el servicio, pero si existieran razones de tipo político o administrativo, siempre y cuando ellas se presentaran en el personal del nivel directivo. Dijo ésta sentencia lo siguiente:

"Las llamadas "renuncias protocolarias" se producen por la *voluntad inequívoca* del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean más idóneas para el ejercicio del cargo. Es cierto que en estos cargos no se vislumbra la voluntad del renunciante de separarse del cargo *por razones*

personales, pero si existe una razón política o administrativa y es el ofrecerla al titular de la dependencia respectiva una fácil oportunidad de reorganizar el servicio mediante el cambio de funcionarios. Esta es una razón válida para la renuncia aunque no implique un motivo personal para la separación del servicio. *Por otra parte cabe observar que este tipo de renuncias sólo se presentan en el personal directivo de las instituciones*, integrado por tanto por personas plenamente concientes de sus actos, que obran con mesura y ecuanimidad en sus actuaciones públicas. *Cosa distinta son las renuncias obtenidas bajo presión o solicitadas directamente al producirse* un cambio en la dirección de la dependencia respectiva. *Tal clase de renuncias sí violentan la voluntad del funcionario* y llevan implícito por lo tanto el vicio de la desviación de poder que determina la nulidad del acto. No puede afirmarse tampoco que una renuncia como la que se estudia encuadre dentro de lo previsto en el inciso 4o. del artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 porque las características que allí se señalan son aquellas que ponen con anticipación en manos del jefe la suerte del empleado y en este caso no se trata de tal cosa sino que éste pone en manos del jefe del organismo su suerte, en un momento determinado, libre y espontáneamente, con motivo de la llegada de un nuevo superior o de la ratificación del mismo." (se subraya).

Obsérvese cómo, bajo estos precisos términos la jurisprudencia no cohonesta prácticas administrativas encaminadas a vulnerar la voluntad del funcionario dimitente. Tampoco con dicha interpretación se autoriza al nominador para desarrollar presiones indebidas o la de ejercer actos irregulares que perturben el ejercicio normal de sus funciones, o a la de emitir órdenes encaminadas a lograr el retiro del funcionario, o la de menoscabar la libre decisión del empleado objeto del retiro, pues con el ejercicio de estas prácticas no puede existir una voluntad libre del empleado, imperando así únicamente la decisión del nominador.

La naturaleza de la relación laboral de continuada dependencia y subordinación, limitan sin lugar a dudas su plena autonomía.

26) No puede pensarse en el presente caso que el actor tuviera la suficiente voluntad para retirarse del servicio, si tanto el Ministro de Defensa como el Director general del Fondo Rotatorio, solicitaron la presentación de las renuncias al personal y este último concretó la petición para que se entregara en un término improrrogable de 14 horas.

No puede existir en este caso un verdadero consentimiento, pues solamente primó una decisión, de una parte, y de la otra, el empleo de Jefe de Sección como bien lo dijo el actor, no pertenece al nivel directivo, sino al ejecutivo, según lo preceptúa el artículo 24 del Decreto Ley 1042 de 1.978, aplicable a los establecimientos públicos del sector de la Defensa Nacional en cuanto se refiere al nivel de empleos, por mandato expreso del artículo 99 del citado Decreto y cuyo texto expresa:

"DE LA APLICACION DEL PRESENTE DECRETO A LOS SERVIDORES DEL SECTOR DE LA DEFENSA NACIONAL. A los empleados públicos que prestan servicio en los establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Defensa y en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado vinculadas al mismo Ministerio, sólo les será aplicable el presente estatuto en lo que hace a las disposiciones *sobre clasificación y nomenclatura de cargos*, a las asignaciones básicas de las escalas de remuneración, a la prima de servicios y a los viáticos de que tratan los Artículos 3o. a 32 inclusive, 43, 44, 49, 58, 59, 60, 61 y 62, 64 a 68, 71 y 74 a 98 inclusive, 100, 101, 102, 105 y 107." (se subraya).

27) Conforme a lo antes expuesto, la Sala concluye que no existiendo un verdadero consentimiento por parte del demandante para retirarse del servicio, ya que la renuncia le fue exigida y su empleo no es de la cúpula jerárquica superior, ella carece de valor y asistiéndole razón al actor, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

Primero: REVOCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 10 de junio de 1988, expediente 83-8130 y en su lugar, declárase nulo el oficio circular sin número del 18 de agosto de 1982, suscrito por el Director General del Fondo Rotatorio del Ejército y mediante el cual se solicitó la presentación de la renuncia al cargo de jefe de sección del cual era titular el actor.

Segundo: DECLARASE nulo el Oficio No. 3914 FRE DG de 14 de diciembre de 1.982, mediante el cual acepta al demandante Carlos A. Barrios Zambrano, la renuncia del cargo de Jefe de Sección de Créditos del Fondo Rotatorio del Ejército a partir del 31 de diciembre de 1982.

Tercero: ORDENASE el reintegro del Capitán (R) Carlos Arturo Barrios Zambrano , al cargo de Jefe de Sección de Créditos o a otro de igual o superior categoría que exista en el Fondo Rotatorio del Ejército.

Cuarto: El Fondo Rotatorio pagará al Capitán (R) Carlos A. Barrios Zambrano todos los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales dejados de percibir a partir del 31 de diciembre de 1.982 y hasta cuando se produzca su reintegro, debiendo deducir todos los factores salariales y prestacionales que haya percibido en este mismo período por concepto de

otras vinculaciones laborales en el Sector Público, en desarrollo de lo dispuesto en el Artículo 128 de la C.N.

Quinto: DECLARASE que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor entre el 31 de diciembre de 1982 y el momento en que se efectúe su reintegro.

Sexto: 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 treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REAJUSTE PENSIONAL/ ULTIMO AÑO

El aumento pensional correspondiente a 1978, se obtiene comparando el salario mínimo legal mensual más alto vigente a 31 de diciembre de 1976, como salario antiguo, y el mismo salario vigente a 31 de diciembre de 1977, como nuevo. Lo anterior, como consecuencia de que esta Corporación consideró que el año inmediatamente anterior al 1o. de enero de 1978, es el comprendido entre el 31 de diciembre de 1976 y el 31 de diciembre de 1977. El inciso 2o. del artículo 67 del C.C., según el cual el primer y último día de plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente Nº. 4684. Resoluciones Ministeriales. Actor: Luis Enrique Cubillos Bernal.

Conoce la Sala de la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de agosto de 1989, por medio de la cual declaró nula la Resolución 3461 del 29 de septiembre de 1983 del Ministerio de Defensa Nacional, que le había negado unos reajustes pensionales al demandante LUIS ENRIQUE CUBILLOS BERNAL y le restableció el derecho ordenándolos.

En los hechos de la demanda se relata que el demandante comenzó a disfrutar de pensión de jubilación desde el 1o. de diciembre de 1969; que el Ministerio mencionado reajustó su pensión a partir del 1o. de enero de 1978 en un porcentaje del 16.10%, más una suma fija de $ 285.oo, no obstante que la circular número 11 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 10 de febrero de 1978 respecto de la Ley 4a. de 1976, igual al Decreto 610 de 1977, aplicable al demandante, determinó que el aumento pensional era del 25% más $ 390.oo; que dicha circular fue demandada ante el Consejo de Estado, el que la consideró ajustada al orden jurídico y por tanto obligatoria y aplicable por todas las entidades encargadas de satisfacer pensiones oficiales y privadas, para los reajustes a efectuar desde el 1o. de enero de 1978; que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió un caso, en el que acepta el aumento pensional como lo está solicitando; que el actor solicitó al Ministerio de Defensa el reajuste de su pensión en la forma ordenada por el Ministerio del Trabajo y la sentencia del Consejo de Estado, pero fue resuelta negativamente por medio de la Resolución 3461 del 29 de septiembre de 1983, acusada.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Política de 1886, 1o., inciso 1o. y 2o. de la Ley 4a. de 1976, 1o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976, 101 del Decreto extraordinario 610 de 1977 y 92 y 121 del C.C.A. establecido en la Ley 167 de 1941.

La sentencia consultada. Para declarar la nulidad del acto acusado tuvo en cuenta el tribunal, que la interpretación que le dio el Ministerio de Defensa Nacional al Decreto 610 de 1977 no coincidía con el criterio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social expuesto en la circular 00011 de febrero 10 de 1978, según el cual para obtener el aumento correspondiente a 1978 debía compararse como salario mínimo antiguo, el vigente a 31 de diciembre de 1976, y como nuevo, el vigente a 31 de diciembre de 1977, interpretación ésta que coincide con la del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 21 de octubre de 1980, que negó la nulidad de dicha circular.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El tema debatido no es nuevo, porque evidentemente esta Sección en la sentencia mencionada anteriormente (fls. 171 a 186), y en otros pronunciamientos posteriores (fls. 165 a 170) ha concluido que el aumento pensional correspondiente a 1978, se obtiene comparando el salario mínimo legal mensual más alto vigente a 31 de diciembre de 1976, como salario antiguo, y el mismo salario vigente a 31 de diciembre de 1977, como nuevo, o sea $1.560.oo y $ 2.340.oo, que determinan un aumento del 25% más $390; y no comparando el salario vigente el 1o. de enero de 1977, que era de $ 1.770.oo y el indicado del 31 de diciembre de 1977, que determinaría un aumento de 16.10% más $285.oo.-

Lo anterior, como consecuencia de que esta Corporación consideró que el año inmediatamente anterior al 1o. de enero de 1978, es el comprendido entre el 31 de diciembre de 1976 y el 31 de diciembre de 1977.

A las razones que dio la Sección en la providencia del 21 de octubre de 1980, se agrega la contenida en el inciso 2o. del artículo 67 del C.C.A., según el cual "El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses."

Ahora bien, como la sentencia consultada tuvo en cuenta la jurisprudencia de esta Sección, que no ha sido rectificada, forzoso es concluir que debe ser confirmada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 18 de agosto de 1989, en el proceso promovido por LUIS ENRIQUE CUBILLOS BERNAL.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 30 de junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ACCION/ PRETENSION/ DEMANDA-Requisitos/**LEGITIMACION POR ACTIVA**

La naturaleza de la acción que se ejerza ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no depende exclusivamente de la denominación que le de el demandante y de la norma que invoque como sustento de la misma, pues de acuerdo con la tradicional doctrina de los motivos y finalidades debe tenerse en cuenta el alcance de las pretensiones del actor, porque si de ellas se deriva expresa o tácitamente un restablecimiento del derecho, no podrá considerarse que la acción ejercitada es la de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., sino la de nulidad y restablecimiento del derecho reglada por el artículo 85, antes denominada simplemente acción de restablecimiento del derecho. Al sindicato demandante la ley no lo faculta para intentar representar en juicio los intereses jurídicos de sus miembros y menos aún de quienes no lo sean. En el caso que se examina no está demostrado siquiera que los trabajadores oficiales, sean afiliados al sindicato demandante. Se configura así la falta de legitimación en causa activa, consistente en la no identidad de la persona demandante con aquella a quien la ley faculta para formular la pretensión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4966 Asuntos Municipales. Actor:Sindicato de Trabajadores Municipales del Caquetá, Sintramunicipales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el SINDICATO DE TRABAJADORES MUNICIPALES DEL CAQUETA, SINTRAMUNICIPALES, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento el 26 de Febrero de 1990, por medio de la cual se denegó la nulidad de los artículos 1°. y 2°. del Acuerdo Municipal de Florencia No. 61 de 1988 y se inhibió de decidir sobre la nulidad de los artículos 3°. y 4°. del mismo acuerdo y respecto de la pretensión 4a. de la demanda. Además, en el numeral 3 de la sentencia se levantó la suspensión provisional que se había ordenado.

En la demanda se formularon cuatro pretensiones. En la primera se pidió se declare la nulidad del artículo 1°. del Acuerdo 061 del Concejo Municipal de Florencia, en virtud del cual se incorporó a la "nómina de empleados municipales a todos los conductores mecánicos, aseadoras, celadores, soldador electricista y mecánico diesel" al servicio del municipio; en la segunda, se solicitó la nulidad del artículo 2°. y su parágrafo que dispusieron, que esos empleados "serán de libre nombramiento y remoción del Alcalde Mayor de Florencia" y se condicionó la desvinculación de algunos de ellos a los términos del Acuerdo 047 de 1987; en la tercera, se impetró la nulidad de los artículos 3°. y 4°., del mismo acuerdo 061 por medio de los cuales se eximió a ese personal del cumplimiento del artículo 20 del citado Acuerdo 047 y de la presentación de exámenes médicos, salvo la obligación de firmar el acta de posesión y se dispuso que su estabilidad quedaba gobernada por el acuerdo mencionado, especialmente su artículo 66; y, en la cuarta, se solicitó se declarará que "como consecuencia de la nulidad de inconstitucionalidad o ilegalidad que se decreten se anulen las normas que adolezcan (sic) de esos vicios y se declare que no tienen aplicación o validez alguna para los Trabajadores Oficiales, citados, del Municipio de Florencia."

Los capítulos de los hechos, de las normas violadas y del concepto de su violación se encuentran a folios 3 a 8 de los autos.

La vista Fiscal. En su concepto, el Ministerio Público estimó que la sentencia apelada debía ser confirmada.

La Sala Considera:

Ha dicho la Sala que la naturaleza de la acción que se ejerza ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no depende exclusivamente de la denominación que le de el demandante y de la norma que invoque como sustento de la misma, pues de acuerdo con la tradicional doctrina de los motivos y finalidades debe tenerse en cuenta el alcance de las pretensiones del actor, porque si de ellas se deriva expresa o tácitamente un restablecimiento

del derecho, no podrá considerarse que la acción ejercitada es la de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., sino la de nulidad y restablecimiento del derecho reglada por el artículo 85, antes denominada simplemente acción de restablecimiento del derecho.

En el presente caso se observa, que la persona jurídica demandante dice ejercer la acción de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A., mas sus pretensiones no corresponden a tal acción, sino a la del artículo 85, o sea, la denominada de "restablecimiento del derecho", cuando se presentó la demanda. Lo anterior porque la pretensión cuarta está dirigida a que se decrete que las normas que se declaren nulas no tienen aplicación o validez alguna para "los Trabajadores Oficiales, citados, del Municipio de Florencia."

Ocurre, sin embargo, que al Sindicato demandante la Ley no lo faculta para intentar representar en juicio *los intereses jurídicos* de sus miembros y menos aún, de quienes no lo sean. En el caso que se examina, no está demostrado siquiera que los "Trabajadores Oficiales, citados, del Municipio de Florencia" sean afiliados al sindicato demandante (art. 373 del C.S. del T.).

Se configura así, la falta de legitimación en causa activa, consistente en la no identidad de la persona demandante con aquella a quien la ley faculta para formular la pretensión.

Consecuentemente, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará dicha falta de legitimación. Además, confirmará el levantamiento de la suspensión provisional.

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. REVOCANSE los numerales 1 y 2 de la sentencia desestimatoria apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá dentro del proceso instaurado por el "Sindicato de Trabajadores Municipales del Caquetá SINTRAMUNICIPALES" en relación con el Acuerdo No. 61 de 1988 proferido por el Concejo de Florencia.

En su lugar se dispone:

Declárase la falta de legitimación en la causa activa.

2o. CONFIRMASE el numeral 3 de la misma sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 30 de Junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente;, *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente;, *Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CORTE CONSTITUCIONAL/COMPETENCIA

En vigencia de la Constitución de 1886, la competencia para el conocimiento de las demandas que por inconstitucionalidad presentaran los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley, estaba atribuida a la Corte Suprema de Justicia. Conforme a la actual Constitución la competencia para conocimiento de las demandas por inconstitucionalidad contra los decretos leyes, está atribuida a la Corte Constitucional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6984 . Actor: Antonio Augusto Conti Parra

El señor ANTONIO AUGUSTO CONTI PARRA, acude ante esta Corporación en demanda, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el art. 26 del Decreto 1063 de Abril 22 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República.

El mencionado decreto fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 109 de la Ley 50 de 1990, es decir se trata de demanda contra un decreto con fuerza de ley, conocido en el vocabulario de los especialistas en derecho político, como decretos leyes o extraordinarios.

En vigencia de la Constitución de 1886, la competencia para el conocimiento de las demandas que por inconstitucionalidad presentaran los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley, estaba atribuida a la Corte Suprema de Justicia (art. 214).

Conforme a la actual Constitución (art. 241-5), la competencia para conocimiento de las demandas por inconstitucionalidad contra los decretos leyes, está atribuida a la Corte Constitucional.

En esas condiciones, es clarísimo que esta Corporación carece de jurisdicción para conocer de la presente demanda.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1) Por falta de jurisdicción, inadmítese la demanda presentada por el señor ANTONIO AUGUSTO CONTI PARRA.

2) En firme este proveído, devuélvanse al interesado los documentos acompañados con la demanda, sin necesidad de desglose.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Diego Younes Moreno

UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA/PLANTA DE PERSONAL-Régimen Aplicable.

El artículo 122 del Decreto-ley 80 de 1980 restringió la calidad de trabajadores oficiales para ciertos obreros. Solamente tienen esa calidad los que desempeñen labores de construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificios o de equipos. Los demás, si hubieren sido antes tenidos como trabajadores oficiales, conservarían tal calidad hasta que, por el Consejo Superior se expidiese la nueva planta de personal. No ve la Sala que las tareas encomendadas a los celadores, a los choferes, a los enfermeros auxiliares, a los auxiliares administrativos, a los técnicos operativos en archivo y correspondencia, en la oficina de planeación, en el Centro de Recursos Administrativos, en la biblioteca y en las demás dependencias universitarias que detalla, sean para la "construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos", únicos oficios que se tienen como desempeñados por trabajadores oficiales. El predominio del esfuerzo intelectual o manual, según el caso, no es pauta dentro de la función pública colombiana vigente para la expedición del acto complejo acusado, para ubicar una determinada actividad, bien en el rango de las que deben ser ocupadas por empleados públicos, bien por trabajadores oficiales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 2826 Decretos del Gobierno Actor : Sindicato de Empleados y Trabajadores de la Universidad Tecnológica de Pereira.

Haciendo uso de la acción que describe el art. 84 del C.C.A., el SINDICATO DE EMPLEADOS Y TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA, cuya existencia, personería y representación legal se han acreditado en autos, presenta demanda contra la NACION (MINISTERIO DE EDUCACION) y contra la UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA, establecimiento público de carácter académico creado por la ley 41 de 1958, con el fin de recabar la anulación del ACUERDO No. 00001 de 1985 -28 de Enero-, proferido por el CONSEJO SUPERIOR del mencionado instituto docente, en cuanto calificó como empleados públicos a las personas que desempeñan los cargos que enumera, y del DECRETO No. 3305 de 1985 -13 de Noviembre-, dictado por el Gobierno -presidente de la República y Ministro de Educación-, en cuanto, respecto a los mismos cargos, aprobó la PLANTA DE PERSONAL contenida en el dicho acuerdo.

Los cargos o empleos respecto a los cuales impetra la nulidad porque debieron ser clasificados como desempeñados por trabajadores oficiales y no por empleados públicos son los siguientes: celador, chofer mecánico, enfermero auxiliar, mensajero de la Sección de Archivo y Correspondencia (denominado en el acuerdo "auxiliar administrativo"), técnico operativo de la Oficina de Planeación, almacenista de la Sección "Centro de Recursos Educativos", auxiliar de biblioteca del Centro de Biblioteca e Información Científica (llamado "auxiliar administrativo"), auxiliares de laboratorio en las facultades de Ingeniería Mecánica, Ingeniería Industrial, Ingeniería Eléctrica y de Medicina, Escuela de Tecnología Química, Departamento de Ciencias Básicas, Departamento de Ciencias Clínicas y Departamento de Física (denominados "técnico operativo" y "auxiliar técnico" en la Planta), auxiliar administrativo, operador calificado de la Sección de Publicaciones, auxiliar de compras, auxiliar de almacén, recepcionista y electricista de la Sección de Mantenimiento (denominados "auxiliar administrativo" y "operario"), técnico operativo de la División de Sistemas y Procesamiento de Datos, auxiliar administrativo y almacenista de la Sección de Servicios Estudiantiles " y los demás cargos que deben ser desempeñados por trabajadores oficiales conforme a lo que se pruebe en el proceso".

Para la entidad actora, no obstante que al Consejo Superior corresponde, a propuesta del Rector, expedir "la planta de personal de la Universidad, con señalamiento de cargos que serán desempeñados por docente y por empleados y trabajadores oficiales del orden administrativo", al clasificar entre las primeras plazas que antes se tenían como propias para ser desempeñadas por

trabajadores oficiales y que, como tales habían celebrado contratos laborales expresos o presuntos, quebrantó el art. 122 del decreto-Ley 80 de 1980 porque las tareas encomendadas a dichos cargos corresponden a las que atañen a la "operación y mantenimiento de equipos" y sus labores son eminentemente manuales sin que sea menester mayores actividades intelectuales para poderlas cumplir o llevar a cabo.

Concluye diciendo la demanda que "en la Universidad Tecnológica de Pereira no se conoce por los trabajadores un manual de funciones donde se establezcan claramente las instrucciones y labores que deban desempeñar, por lo tanto éstas se vienen dando verbalmente por sus superiores. El Sindicato ha solicitado que se le entregue copia de dicho manual y la respuesta ha sido que éste se está revisando".

Estima, pues, que no sólo se quebranta en el aspecto señalado el art. 122 del decreto-Ley 80 de 1980, sino también la Ley 10 de 1934 (art. 12), el decreto 652 de 1935, el decreto 1343 de 1937 y la Ley 1949 de 1936 (art. 5o.), la ley 6 de 1945 y el decreto 2127 de 1946, igual que el art. 63 de la Carta Fundamental.

OPOSICION A LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

La Universidad Tecnológica de Pereira, al dar respuesta al libelo demandatorio a través de su apoderado judicial, aunque tiene como ciertos los hechos planteados por la parte actora, en su mayoría, les da alcances muy diferentes, a los que el sindicato les otorga. Así se tiene que, mientras en el hecho quinto de la demanda se dice que "en la planta de personal así conformada, quedaron clasificados un número de trabajadores como empleados públicos, los cuales al hacer el análisis de las funciones que desempeñan, éstas encuadran dentro del criterio estrecho del art. 122 del D.L. 080 de 1980 en el sentido de que se realizan labores de 'operación y mantenimiento de equipos' " y que "así mismo muchos de estos cargos fueron contratados mediante contrato de trabajo y su labor es eminentemente manual y no requiere actividad intelectual mayor", la contestación de la demanda dice: "No es cierto. Todos los cargos que aparecen indicados en detalle por el Decreto acusado corresponden a empleados públicos, de acuerdo con la clasificación que fija la Ley, especialmente en el artículo 122 del Decreto Ley 080 de 1980. —En este punto, la demanda le atribuye una manifestación que no pertenece a la verdad. Es ésta: que la norma dice que son trabajadores oficiales quienes realizan labores de "*operación* y mantenimiento de equipos." He subrayado. El referido artículo no utiliza el verbo operar, sí el verbo mantener. Una cosa es operar un equipo y una bien diferente es mantenerlo". Y en lo que atañe al hecho sexto de la demanda, es decir, que no se le ha entregado al Sindicato el manual de funciones, también lo niega, porque "la Universidad con fecha 5 de Septiembre de 1986 le comunicó a cada funcionario sus funciones, las estructuras en su Manual, Resolución 395 de 1986. Con

posterioridad, a cada persona que ha ingresado a la Organización, al momento de la inducción, se le ha entregado la información en detalle, lo que le corresponde realizar".

Igualmente, en el mismo escrito de contestación, la Universidad plantea la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones "como quiera que se está demandando en nombre y representación del Sindicato de Empleados y Trabajadores de la Universidad Tecnológica de Pereira, con base en un poder especial que se ha conferido. Consiste la irregularidad en que se está yendo en la demanda más allá de lo facultado en el poder. Mientras éste señala que se confiere para que se instaure acción de nulidad "contra el Decreto 3305 del 13 de Noviembre de 1985 por el cual se aprobó el Acuerdo No.00001 del 28 de Enero de 1985", un solo acto administrativo, el escrito demandatorio se refiere a dos actos administrativos. Dice textualmente que solicita "declarar la nulidad del Acuerdo No. 00001 del 28 de Enero de 1985 emanado del Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira y del Decreto 3305 del 13 de Noviembre de 1985 emanado de la Presidencia de la República de Colombia..." En lo que a esto atañe concluye: "Cabe advertir en este momento -se deduce la afirmación del contenido de la demanda y de los anexos que se aportaron- que se desatendió el mandato del artículo 139 del C.C.A., que imperiosamente señala que para casos como el que nos ocupa se debió haber acompañado la constancia de la publicación de los actos administrativos cuestionados, lo que constituye su fuerza vinculante".

ALEGATOS DE CONCLUSION

Sólo la Universidad Tecnológica de Pereira, a través de su apoderado, alegó de conclusión en la oportunidad procesal correspondiente. Plantea:

> "Se manifestó por la parte demandante que fueron violadas las siguientes normas: la Constitución Nacional, arts. 30 y 63; Decreto Ley 080 de 1980, art. 122; Ley 10 de 1934; artículo 12; "Decreto 652/35; Dec. 1343/37 ....Ley 1949/36 (sic) ....y Decreto 2127/46"; y Ley 6a. de 1945, art. 5°.
>
> Durante toda la argumentación, y, desde luego, ahí cabe lo señalado bajo el título "Normas Violadas y conceptos de su violación", en el memorial demandatorio nada se dijo sobre los artículos 30 y 63 de la C.N. Cabe advertir, entonces, que no es eficaz para estudiar la nulidad solicitada de simple afirmación de haberse transgredido esas normas. Pues es requisito propio de las demandas presentadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se indiquen las normas y se *explique el concepto de su violación*, como posteriormente lo exige el artículo 137:4 del C.C.A..

Lo mismo puede decirse de las normas que enlisté entre comillas, si se miran los conceptos de la demanda: sencillamente se transcribe parcialmente un artículo.

"Cuando la Ley habla de la expresión de las disposiciones violadas no se cumple el requisito de la simple cita del ordenamiento a que pertenece la norma o normas infringidas, sino que deben señalarse éstas con toda precisión. Por tanto no se llena dicho requisito con afirmaciones como éstas: Normas violadas: el Código Civil, la Ley 135 de 1961 y el Decreto 3135 de 1968; sino que tendrá que expresarse, por ejemplo: estimo violados los arts. 672 y 1546 del Código Civil; el 24 de la Ley 135 de 1961 y el 41 del Decreto 3135 de 1968", son afirmaciones del doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, página 140, Señal Editora, Medellín, 1985, Segunda Edición.

La columna toral del litigio ha sido presentada así:

El artículo 122 del Decreto Ley 080 de 1980 dice que "Tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñan funciones...".

Sobre su base, dice la demanda que "Lo primero que enuncia este decreto es el concepto OBRERO, el cual se refiere a las labores donde predomina el factor material".

Que el "concepto obrero, pues, que trae el D.L. 080/80, se debe tomar en el mismo sentido que lo hace la Doctrina, la Legislación y la Jurisprudencia Colombiana. Partiendo de este principio, se tiene entonces que todos aquellos trabajadores que desarrollan una labor preponderantemente material son OBREROS al servicio de la UNIVERSIDAD.

"Igualmente, el D.L. en mención" (el 080 de 1980) "afirma que aquellos que desempeñan funciones en la construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, aseo, mantenimiento de edificaciones *operación* (sic) y mantenimiento de equipos son TRABAJADORES OFICIALES, definición que no corresponde a la clasificación hecha por la Universidad Tecnológica... ya que al aplicar el criterio de trabajadores que realizan mantenimiento de edificaciones, *operación* (sic) y mantenimiento de equipos, sólo incluyó como (sic), trabajadores oficiales los que realizan "Mantenimiento de Terrenos", dejando por fuera los siguientes cargos que como analizaremos detalladamente realizan también labores del Mantenimiento de Equipos y sus funciones son esencialmente Manuales...".

Lo subrayado es obra nuestra. Se ha hecho para resaltar, aquí, intención no muy católica del accionante, la que aparece reiterada.

Al contestar la demanda respecto al hecho quinto, donde se transcribe por el actor entre comillas expresiones del artículo 122 del Decreto Ley 080 de 1980, así: "Operación y Mantenimiento de Equipos", se dijo que la referida norma no utiliza el verbo operar; sí el verbo mantener. Una cosa es operar un equipo y una bien diferente es mantenerlo. Esa no es conducta dueña de la mejor claridad, de asaz probidad. En ella se reincide al ocuparse del concepto de la violación, en la forma como se destacó arriba.

No es cierto que al adoptar la planta de personal la demanda incluyó sólo como trabajadores oficiales los que realizan "mantenimiento de terrenos".

El hecho cuarto de la misma demanda presenta un mentís a esa afirmación. Allí se dice que de los 46 trabajadores oficiales sólo 9 son de mantenimiento de terrenos, mientras que son: 25 de aseo, 4 auxiliares de taller, 4 ebanistas, 1 electricista, 1 albañil, 1 auxiliar de albañil y un auxiliar de bioterio. Estos sí corresponden a la verdad, quedó probado con la relación que envió el señor Rector, acompañada del oficio 031850, mayo 19 de 1989, numeral 4, que obra en el proceso.

La diferenciación de los trabajadores desde el punto de vista planteado en la demanda, con origen en la legislación de la década del treinta, quedó abrogada entre nosotros definitivamente con la expedición de la actual C.S. del T. Esta obra en el artículo 10, bajo el título Igualdad de los Trabajadores, indica que todos los trabajadores son iguales ante la Ley, quedando en consecuencia abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor.

El criterio que se ha esgrimido por la organización demandante para la clasificación de los trabajadores, no tiene hoy aplicación, el finalista, que tiene en cuenta la actividad a desarrollar por la persona, de ella hace parte el mencionado artículo 122 del Decreto Ley 080 de 1980, es el criterio organicista, que tiene en cuenta la entidad pública en donde laboran las personas naturales.

Se lee en la obra del doctor Miguel González Rodríguez, La Función Pública en Colombia, ediciones Rosaristas, ed. 1984, páginas 17 y s. s., que si el empleado presta sus servicios en los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, los Establecimientos Públicos; etc., por regla general son empleados públicos; si, al contrario lo hacen en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta, salvo algunos casos excepcionales son trabajadores oficiales.

Afirma el autor que la Legislación Colombiana, su doctrina y la Jurisprudencia, al final se han inclinado por el criterio orgánico, o sea, el que tiene en cuenta la entidad pública en la cual se presta el servicio.

Siendo la demandada un establecimiento público del orden nacional, lo dice en la demanda en el hecho primero; de acuerdo con lo indicado en el artículo 5° de la Ley 3135 de 1968, en general sus trabajadores son empleados públicos y por excepción son trabajadores oficiales los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Esta última denominación se amplio, por voluntad de la Ley (Decreto Ley 080 de 1980, artículo 22), en las Universidades. Quedaron igualmente en esa categoría, además de los que desempeñen funciones en construcción, los que las atiendan en preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y MANTENIMIENTO DE EDIFICIOS Y EQUIPOS, no en la operación de éstos como hábilmente lo planteó la demanda.

La norma es taxativa, son esos los trabajadores oficiales en la Universidad, por voluntad de la Ley y no otros. "Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos", termina diciendo el artículo 122 referido.

No hacen parte, entonces, de este grupo los trabajadores que pretende la demandante, empezando por los celadores, quienes al decir del artículo 123 del mismo Decreto Ley 080 de 1980, necesariamente son de libre nombramiento y remoción.

No quedó demostrado dentro del proceso que funcionario alguno, de los que hacen parte de la planta de personal de la Universidad Tecnológica de Pereira, desempeñara funciones propias de un trabajador oficial.

Riñendo con la verdad se afirmaron cosas en la demanda que no son ciertas y, ante ello, no pudieron ser probadas, como por ejemplo lo dicho en la página 7 en el sentido que, el Técnico Operativo, código 4080, grado 10, de la Oficina de Planeación desempeñaba funciones de "mantenimiento correctivo y preventivo de los equipos electrónicos". Las funciones del cargo son las que aparecen en la página 16 del Manual de Funciones que obra como prueba en el expediente.

Otro caso se dio con lo dicho en la página 9, al afirmar que en la Sección de Mantenimiento existen los cargos de "Auxiliar Administrativo y Operario Calificado, que son en su orden: AUXILIAR DE COMPRAS, AUXILIAR DE ALMACEN Y RECEPCIONISTA y como Operario el Electricista..." Sucede que en esa unidad no existen los cargos de Auxiliar de Compras ni de Auxiliar de Almacén y el cargo de Electricista

lo desempeña un trabajador oficial (certificado 449 de noviembre 9 de 1988 de la División de Personal, consignado en el proceso, aportado con la contestación de la demanda).

No quedó probado, Honorable Magistrado, lo afirmado por la parte actora: la violación de las normas enlistadas y comentadas en este escrito. Esa situación entrega dócilmente una conclusión, al estudiar lo planteado de parte y parte: la normatividad jurídica no ha sufrido alteración alguna, con motivo de la expedición del acto administrativo acusado.

Por lo tanto, le ruego despachar negativamente las súplicas de la demanda".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Emitido por la Fiscalía Quinta de la Corporación, dice a la letra, en lo pertinente:

"El presente caso consiste en dilucidar si el Acuerdo 00001 del 28 de Enero de 1985, proferido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira y el Decreto del Gobierno Nacional aprobatorio del mismo, se ajusta a derecho.

El señor apoderado de la entidad demandada al contestar la demanda propuso la excepción de inepta demanda por considerar que hubo indebida acumulación de pretensiones:

"... Consiste la irregularidad en que se está yendo en la demanda mas allá de lo facultado en el poder. Mientras éste señala que se confiere para que se instaure acción de nulidad "contra el Decreto 3305 del 13 de Noviembre de 1985 por el cual se aprobó el Acuerdo No. 00001 del 28 de Enero de 1985", un solo acto administrativo; el escrito demandatorio se refiere a dos actos administrativos.

Dice textualmente que solicita "declarar la nulidad del Acuerdo No. 00001 del 28 de Enero de 1985 emanado del Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira y el Decreto 3305 del 13 de Noviembre de 1985 emanado de la Presidencia de la República de Colombia....".

Cabe advertir en este momento -se deduce la afirmación del contenido de la demanda y de las (sic) anexos que se aportaron- que se desatendió el mandato del artículo 139 del C.C.A. que imperiosamente señala que para casos como el que nos ocupa se debió haber acompañado la constancia de la publicación de los actos administrativos, cuestionados, lo que constituye su fuerza vinculante.".

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Considera este Despacho una vez leído el poder, (fl. 1) que este se ajusta a derecho, para poder instaurar la acción. Lo que se está demandando en la presente contención es un acto complejo conformado por el Acuerdo No. 00001 del 28 de Enero de 1985 y el Decreto del Gobierno Nacional N° 3305 del 13 de Noviembre de 1985, por medio del cual se estableció la planta de personal administrativo de la Universidad Tecnológica de Pereira y se determinó el número de trabajadores Oficiales. Analizando el poder se hace alusión a cada uno de los actos en él señalados individualizados claramente conforme a lo establecido en el artículo 65 del C.P.C. por lo que no prosperó la excepción solicitada.

En la demanda se le hacen varios cargos al acto complejo en lo relacionado con la clasificación de algunos servidores que pasaron de trabajadores oficiales a empleados públicos.

La Universidad Tecnológica de Pereira es un establecimiento Público del orden Nacional creada por la Ley 41 de 1958 adscrito al Ministerio de Educación Nacional, por lo que le es aplicable el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 que dispone que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo los que los estatutos señalen sobre las actividades que deban ser desempeñadas por personas vinculadas por contrato de trabajo.

Al respecto, se tiene que el Decreto 1731 del 21 de Junio de 1983 aprobatorio del Acuerdo 00003 del 9 de Febrero del mismo año, reformatorio del Estatuto Orgánico de la Universidad Tecnológica de Pereira, en el artículo 13 literal f) dispone: El Consejo Superior tiene como funciones "...Expedir, con arreglo al presupuesto y a las normas legales reglamentarias, a propuesta del rector, la Planta de Personal de la Universidad, con señalamiento de los cargos que serán desempeñados por docentes y por Empleados y Trabajadores Oficiales del orden administrativo.".

Al mismo, el artículo 59 literal f) del Decreto Ley 080 de 1980, preceptúa:

"Son funciones del Consejo Superior las siguientes: ... f) Expedir, con arreglo al presupuesto y a las normas legales y reglamentarias, a propuesta del rector, la planta de personal de la Institución, con señalamiento de los cargos que serán desempeñados por docentes y Empleados y Trabajadores Oficiales del orden Administrativo.".

A su vez el artículo 122 del último citado, dispone:

"...Tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñan funciones en construcción, preparación de alimentos,

actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos.

Los empleados oficiales del orden administrativo que figuren actualmente como trabajadores oficiales conservarán dicha situación mientras se expide por parte del respectivo Consejo Superior, la planta de personal prevista en el Artículo 59, literal f. del presente Decreto...".

Mediante la Resolución N° 00395 de Marzo 19 de 1986 se estableció el Manual descriptivo de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la Universidad Tecnológica de Pereira.

El acto acusado no señala cuáles son los cargos desempeñados por trabajadores oficiales, pero se trajo a los autos al folio 458 una constancia de tal entidad sobre los cargos desempeñados por trabajadores oficiales, dentro de los que figuran, aseadora, auxiliar de taller, auxiliar albañil, trabajador de mantenimiento, ebanista, electricista, etc...

Analizando estos con el Manual de Funciones, y teniendo en cuenta el decreto 080 de 1980 y las Resoluciones números 01137 del 19 de Junio de 1986, 02721 de 5 de Diciembre de 1986 y 02042, se tiene que los allí señalados como trabajadores oficiales, están bien clasificados sin que puedan ser considerados como tales otros como algunos de los señalados en la demanda.

En estas condiciones, el acto complejo sigue amparado por la presunción de legalidad".

De esta suerte, llegado el momento de entrar a decidir el asunto *sub-lite* y no observándose defecto que afecte la validez de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA :

1- Sea pertinente entonces analizar la excepción de fondo propuesta por la Universidad Tecnológica de Pereira, al tenor de lo que al respecto indica el art. 164 del C.C.A. Dicha excepción reviste dos aspectos, a saber:

a) En que hay una indebida acumulación de pretensiones, porque mientras en el poder otorgado por el Sindicato se autorizó dirigir la acción de nulidad contra el decreto 3305 de 1985, de la Presidencia de la República, o sea, contra *un solo acto* administrativo, en el libelo que incoa la demanda se impetra la anulación de *dos actos*, es decir, la del acuerdo No. 00001 de ese mismo año expedido por el Consejo Superior de la Universidad, y la del decreto mencionado, y

b) En que se desatendió el mandato del art. 139 del C.C.A. porque no se acompañó la constancia de la publicación de los actos acusados, "lo que constituye su fuerza vinculante" en el proceso.

Ahora bien, de la lectura del decreto 3305 de 1985, sin ningún atisbo de duda, se deduce que el mismo reproduce el texto del acuerdo No. 00001 en cuestión, para aprobarlo. Por lo tanto, aunque materialmente hablando se trate de dos actos, jurídicamente considerados, ellos integran un solo cuerpo, una unidad; son, realmente, conformantes de un acto complejo, porque para su formulación intervinieron dos órganos administrativos manifestando sus respectivas voluntades, pero respecto a una idéntica situación jurídica vinculante, de tal suerte que el contenido del decreto le dio al acuerdo su real fuerza, dado que éste necesitaba de aquél. En consecuencia, cuando el Sindicato otorgó poder a su abogado para que impetrase la nulidad del acto englobado en el decreto, también abarcó la anulación del acuerdo en lo pertinente, dado que éste se halla sumido en ese decreto. Por ende, al expresar en el libelo que solicita la declaratoria de nulidad del acuerdo y del decreto, no acumula pretensiones indebidamente, porque esas son las que quiere el poderdante y así lo señala de modo tácito. El supuesto defecto en el poder no genera, pues, indebida acumulación de pretensiones.

Respecto a la otra anomalía que observa el demandado, ha de decirse que, pese a que en la reproducción del texto del decreto 3305 de 13 de Noviembre de 1985, del Presidente de la República, traído a los autos, no aparece constancia acerca de su publicación, condición a la que se supedita su entrada en vigencia (art. 2o., fol. 86), no ha de olvidarse que la publicación únicamente hace a los efectos de determinar la caducidad de la acción, fenómeno que no opera en el caso *sub-exámine* por ser de simple nulidad.

No prosperan las excepciones propuestas por la Universidad Tecnológica de Pereira, una de las partes que aparecen como demandadas en este asunto.

2.- Según la demanda, el acuerdo y el decreto que integran el acto complejo acusado, de orden general o genérico, quebranta o desconoce de manera principal, el art. 5o. del decreto 3135 de 1968 y los arts. 59 (literal f) y 122 del decreto-ley 80 de 1980, por cuanto no tuvo en cuenta que la Universidad Tecnológica de Pereira, creada por la Ley 41 de 1958, es un establecimiento público de carácter académico del orden nacional y que, por ende, al confeccionarse su "planta de personal", debió señalarse cuáles cargos han de ser desempeñados por docentes, por empleados públicos y por trabajadores oficiales, obedeciendo los preceptos que para los últimos indican el art. 12 de la ley 10 de 1934, el art. 2o. del decreto 652 de 1935, el decreto 1343 de 1946, la ley 1949 de 1936, el art. 5o. de la Ley 6 de 1945, el decreto 2127 de 1946 y el ya citado art. 122 del decreto-Ley 80 de 1980.

Como quiera que el decreto-Ley 80 de 1980 es especial para los establecimientos públicos de carácter académico, la Sala inicia el estudio del

tópico transcribiendo el art. 122 que se refiere a quiénes han de ostentar la calidad de trabajadores oficiales en esos institutos. Dice a la letra:

> "Tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñan funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos.
>
> Los empleados oficiales del orden administrativo que figuren actualmente como trabajadores oficiales conservarán dicha situación mientras se expide por parte del respectivo Consejo Superior, la planta de personal prevista en el artículo 59, (literal f) del presente Decreto."

De modo, pues, que la propia norma legal restringió la calidad de trabajadores oficiales para *ciertos obreros*, para los precisados en ella. Solamente tienen esa calidad los que desempeñen en las labores de construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o de equipos. Los demás, si hubieren sido antes tenidos como trabajadores oficiales, conservarían tal calidad hasta que, por el Consejo Superior, se expidiese la nueva "planta de personal". Y como el acto complejo acusado dio la calidad de TRABAJADORES OFICIALES al electricista, al albañil y al auxiliar de albañilería, a nueve trabajadores de mantenimiento de terrenos, a veinticinco aseadoras, a cuatro ebanistas, a cuatro auxiliares de taller y a un auxiliar de bioterio, habrá que analizar si en lo que atañe a otros cargos que el demandante dice que han debido ser clasificados, cumplen o no las condiciones que la norma legal enumera para que sean ocupados por trabajadores oficiales.

No ve la Sala que las tareas encomendadas a los celadores, a los choferes, a los enfermeros auxiliares, a los auxiliares administrativos, a los técnicos operativos en archivo y correspondencia, en la oficina de planeación, en el Centro de Recursos Administrativos, en la biblioteca y en las demás dependencias universitarias que detalla, sean para la "construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos", únicos oficios que se tienen como desempeñados por trabajadores oficiales. Si se examina detenidamente la especificación de funciones que aparecen en el expediente, no se observa que ninguna de ellas sean para dicho menesteres, pues no intervienen en la construcción o mantenimiento de edificaciones o de equipos, ni en la preparación de alimentos, ni en actividades agropecuarias, ni en la jardinería, ni en el aseo. El predominio del esfuerzo intelectual o manual, según el caso, no es pauta dentro de la función pública colombiana vigente para la expedición del acto complejo acusado, para ubicar una determinada actividad, bien en el rango de las que deben ser ocupadas por empleados públicos, bien por trabajadores oficiales.

No observa, por ende la Sala, que el acto complejo acusado vulnere normatividades de orden superior en lo que hace a la clasificación de ciertas actividades como propias de empleados públicos, por lo que, conservando incólume la presunción de legalidad, habrán de denegarse 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:

1o.) No prosperan las excepciones propuestas por la parte demandada.

2o.) Deniéganse las peticiones de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EN EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 17 de Junio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Lecompte Luna, Clara Forero de Castro, Ausente;, *Diego Younes Moreno,* Ausente;,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO/SINDICATO/ ASAMBLEA GENERAL DE TRABAJADORES/HUELGA/TRABAJADOR SINDICALIZADO/TRABAJADOR NO SINDICALIZADO

Se equivoca el accionante al afirmar que la oración "trabajadores directamente comprometidos" debe entenderse como "total de trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a la empresa", pues los comprometidos directamente en el conflicto son los que le promueven a través de la presentación de un pliego de peticiones y sabido es que tanto los sindicatos como los trabajadores no organizados pueden hacerlo y que la diferencia está en que los primeros firmarán una convención colectiva y los segundos un pacto, como lo precisa la misma Ley 39 de 1985 en su artículo segundo. Para la Sala es claro que si el legislador hubiera querido excluir a los sindicatos de la posibilidad de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria a tribunal de arbitramento, hubiera expresado simplemente que para hacerlo se realizaría una asamblea general de los trabajadores, sin especificar de los "directamente comprometidos en el conflicto"; esta concreción no puede tener significado diferente a que el legislador se refirió al grupo en conflicto no a la totalidad de los vinculados laboralmente a la empresa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora: Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3177 Decretos del Gobierno Acción de Nulidad. Actor :Carlos Alvarez Pereira

El ciudadano Carlos Alvarez Pereira en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación la nulidad del artículo 1°. inciso 1o. del Decreto 0477 de Febrero 11 de 1986 por el cual reglamenta la Ley 39 de 1985. (fl.4).

Los HECHOS fundamentales de la acción se relatan así:

"A) El Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3°. del art. 120 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto 0477 de Febrero 11/86 por medio del cual se reglamentó la Ley 39/85.

B) Dentro de contexto del Decreto 0477 de Feb 11/86, aparece el art. 1°. inciso 1o., en el cual será transcrito mas adelante por constituir lo que se demanda en este proceso.

C) Las facultades otorgadas al Presidente de la República en el ordinal 3°. del Art. 120 de la Constitución Nacional, sólo le permiten reglamentar las normas legales expedidas por el Congreso Nacional o por el poder ejecutivo en el ejercicio de facultades extraordinarias.

D) Al expedir el Decreto 0477 de Feb. 11/86 y especialmente el Art. 1°. inciso 1°. el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el ordinal 3°. del Art. 120 de la Constitución Nacional.

E) La potestad reglamentaria no le permite al Presidente de la República crear organismos distintos a los consagrados en la Ley que se pretende reglamentar, porque dicha creación excede la naturaleza de la facultad reglamentaria". (fls. 4-5)

Cita como normas violadas los artículos 18 y 120-3 de la Constitución Política de 1886, y hace consistir el concepto de violación en que el Presidente se arrogó funciones de legislador al reglamentar la Ley 39 de 1985, contrariando su texto, contrariedad que explica así:

"La comparación nos permite señalar cómo el Art. 9°. de la Ley 39/85 otorgó competencia para decidir entre la huelga y el Tribunal de arbitramento, a una *asamblea general de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto*. Este organismo está conformado por todos los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a la empresa donde se desarrolla el conflicto, si se le aplican las reglas de la democracia que deben imperar en la decisión de una huelga, según la

doctrina generalizada, la mitad más uno de los trabajadores de la empresa en conflicto deben votar la decisión de huelga, para que ésta sea válida legalmente.

Por el contrario si observamos lo dispuesto en el Art. 1°. inciso 1°. del Decreto 0477 de Feb. 11/86 concluiremos que esta norma creó otro organismo totalmente diferente para decidir entre la huelga o el Tribunal de arbitramento al señalar, "*se realizará una asamblea general de los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiera promovido el conflicto....*". Esta asamblea se rige por lo dispuesto en el Art. 386 del C.S.T., o sea que puede actuar válidamente con la asistencia de la mitad más uno de los afiliados, en estas condiciones si el sindicato agrupa la mitad más uno de los trabajadores de la empresa la huelga podrá ser votada por el 13% de los trabajadores de esa empresa, ya que como vimos la asamblea puede funcionar válidamente con el 50% de los afiliados al sindicato, si éste agrupa en una empresa de 1.000 el 51% es decir 501 trabajadores, la asamblea funciona legalmente con 252 personas y de éstos podrán votar la huelga 127 personas, o sea aproximadamente el 13% de los trabajadores de esa empresa. Con el organismo creado por la norma reglamentaria del Art. 9°. de la Ley 39/85 se quebrantó totalmente el principio fundamental del derecho colectivo del trabajo cual es el favorecer a las mayorías y no a las minorías". (Fl.8).

Solicitada la suspensión del acto enjuiciado (Fl.9-11) fue negada por la Sala Unitaria por auto de fecha Junio 3 de 1988 (Fls. 12-16).

La Fiscalía Quinta de la Corporación rinde su concepto opinando que debe accederse a la nulidad impetrada por cuanto el artículo 1°. inciso 1°. del Decreto Reglamentario 0477 de 1986, limita la posibilidad de presentar pliego de peticiones, lo que explica así:

"Esta presentando, al ser redactado de esta forma el Decreto acusado, la alternativa excluyente: O los sindicalizados, o los no sindicalizados, cuando en realidad este pliego puede ser presentado indistintamente, por todos los trabajadores de la empresa, por los organizados sindicalmente, por los no organizados, o por los afiliados y no afiliados a la organización sindical conjuntamente, como lo ha prescrito la Ley, por lo que en opinión de este Despacho sí se excedió el Presidente de la República en el ejercicio de la facultad Constitucional otorgada en el artículo 120,3 de la Carta Fundamental, al limitar la aplicación de la Ley." (Fl. 26).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

El artículo 9°. de la Ley 39 de 1985 prescribe:

"Artículo 9°. Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiere logrado acuerdo total, se realizará una Asamblea General de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.

La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea...".

Por su parte, el inciso 1°. del artículo 1°. del Decreto 0477 de 1886, acto demandado, dispone:

"Artículo 1o. Concluida la etapa de mediación, sin que las partes hubieren logrado acuerdo total sobre los puntos materia del diferendo, se realizará una asamblea general de los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido el conflicto, o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean, a través de la presentación y trámite legal del respectivo pliego de peticiones, asamblea que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la solicitud al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio..." (fl.3).

La Sala observa que la diferencia entre la Ley y el decreto reglamentario, estriba en que la primera habla de la asamblea de los "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" y el reglamento de la de "los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido el conflicto, o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean, a través de la presentación y trámite legal del respectivo pliego de peticiones" ; es decir, que el reglamento aclaró qué debe entenderse por "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" en el sentido de que pueden serlo tanto los afiliados a un sindicato, como los trabajadores no organizados, dependiendo de quiénes sean los que promovieron el conflicto.

Como ya se expresó por la Sala Unitaria al denegar la suspensión provisional del acto acusado, esta interpretación del ejecutivo, plasmada en el reglamento no contraría el precepto de la Ley. Entonces se dijo:

"La Ley 39 de 1985 artículo 9°. establece que para decidir sobre la declaratoria de huelga o el Tribunal de Arbitramento, se tendrá en cuenta la mayoría absoluta de los comprometidos en el conflicto. Es decir se refiere a ellos de manera general, por lo que puede entenderse trabajadores afiliados a un sindicato, o no sindicalizados.

El Decreto 0477 de 1986, en su artículo 1°. colocándose en la misma situación fáctica contemplada en el artículo 9 de la Ley 39 de 1985 reglamenta que la decisión decretando la huelga o el Tribunal de Arbitramento, será tomada por la Asamblea General de los Trabajadores afiliados al sindicato, "o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean".

Lo que quiere decir que el Decreto 447 ha puntualizado que la opción por la huelga o por el Tribunal de Arbitramento corresponde a una Asamblea General, bien sea del Sindicato comprometido, o de los trabajadores que plantean el conflicto, según sea el caso, y reglamentó de manera específica el procedimiento cuando se trata de conflictos con asociación sindical.

Bien puede ocurrir que los directamente comprometidos en el conflicto, sean únicamente los trabajadores sindicalizados. De ahí lo previsto en el inciso 2°. del artículo 1°. del Decreto 477 de 1986, no acusado en el libelo, sobre cuál es el sindicato que para tales efectos puede representar a los trabajadores". (fls. 15-16).

Ciertamente al disponer la Ley que quienes mayoritariamente puedan optar por huelga o arbitramento sean los "directamente comprometidos en el conflicto", dio la posibilidad de hacerlo al grupo sindicalizado cuando sea éste el promotor del conflicto por haber presentado el sindicato el pliego de peticiones.

Se equivoca el accionante al afirmar que la oración "trabajadores directamente comprometidos" deben entenderse como "total de trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a la empresa", pues los comprometidos directamente en el conflicto son los que le promueven a través de la presentación de un pliego de peticiones y sabido es que tanto los sindicatos como los trabajadores no organizados pueden hacerlo y que la diferencia está en que los primeros firmarán una convención colectiva y los segundos un pacto, como lo precisa la misma Ley 39 de 1985 en su artículo segundo.

Para la Sala es claro que si el legislador hubiera querido excluir a los sindicatos de la posibilidad de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de tribunal de arbitramento, hubiera expresado simplemente que para hacerlo se realizaría una asamblea general de los trabajadores, sin especificar de los "directamente comprometidos en el conflicto"; esta concreción no puede tener significado diferente a que el legislador se refirió al grupo en conflicto no a la totalidad de los vinculados laboralmente a la empresa.

La apreciación de que una declaratoria de huelga en estas condiciones pueda atentar contra las reglas de la democracia, no es defecto que se pueda

atribuir al reglamento sino a la Ley, que por otra parte ha sido constante en permitir a los sindicatos declararla, pues así lo ha dispuesto desde la Ley 6a de 1945 artículo 55, luego en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el artículo 31 del Decreto 2351 de 1965, e incluso en la legislación vigente hoy, en el artículo 61 de la Ley 50 de 1990.

Debe la Sala concluir entonces que el inciso primero del artículo 1°. del Decreto demandado al disponer que la asamblea general decisoria de la huelga será la de "los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se ha promovido el conflicto" o la de los "trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean", no hizo nada distinto que desarrollar el concepto de "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" consagrado en el artículo 9°. de la Ley 39 de 1985 que reglamentó.

Cabe anotar por otra parte, que en anterior proceso la Sala ya había denegado la nulidad de la norma examinada, acusada entonces por haber derogado el artículo 62 del Decreto 1469 de 1978, y en la providencia, luego de compararla con el artículo 9°. de la Ley 39 de 1985, se dijo:

> "La anterior transcripción muestra identidad de previsiones, en el sentido de que en el trámite de la negociación colectiva de trabajo, una vez terminada la etapa de mediación o de intervención obligatoria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, son los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto quienes deben optar por la huelga o por la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. La expresión "directamente comprometidos en el conflicto", se refiere a quienes lo hubieren promovido, bien sea los sindicalizados o los no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión, pero no son todos los directamente comprometidos." (Sentencia de Abril 8 de 1991- Sección segunda- Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro).

Lo razonado permite a la Sala inferir que en el sub-exámine no se quebrantaron los preceptos superiores citados como infringidos por el accionante y en consecuencia, no es del caso acceder a la nulidad del inciso 1°. del artículo 1°. del Decreto 0477 de Febrero 11 de 1986 que reglamentó la Ley 39 de 1985.

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 :

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del quince (15) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

ACTO PRESUNTO/SILENCIO ADMINISTRATIVO

Además de la decisión de fondo, en relación con una petición pueden darse respuestas diferentes, de mera información con el objeto de que la solicitud sea dirigida al organismo competente para tramitarla, que no requieren de resolución motivada de quien tiene la facultad para decidir el fondo del asunto. El artículo 33 del C.C.A., aplicable a los procedimientos administrativos territoriales, en ausencia de norma local, dispone que en casos de incompetencia, deberá informarse esta circunstancia al interesado por escrito, o verbalmente si la petición es verbal, y si bien, como lo aduce el accionante, esa información no puede entenderse como una negativa de lo pedido tampoco puede ignorarse, para asegurar que la entidad guardó silencio y que debe declararse como ocurrido el silencio administrativo, fictamente negativo. En el *sub - lite* la administración ni reconoció ni negó el derecho impetrado, pero tampoco guardó silencio. Falló si, en cuanto ha debido remitir la petición a la entidad competente como lo dispone el mencionado artículo pero esta omisión no puede acarrear la consecuencia del silencio ficto porque no es este el efecto que le da la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejera Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia:Expediente N^{o}.3196. Actor: Antonio Jesús Franco Ramírez.

Apelación sentencia

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de agosto de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la inhibición para hacer un pronunciamiento de fondo sobre la controversia planteada en la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Antonio de Jesús Franco Ramírez, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la ocurrencia del silencio administrativo respecto del requerimiento que formuló el 22 de agosto de 1985 al Director de la Caja de Previsión Social del Tolima relacionado con el reconocimiento y pago de cesantía definitiva, sueldos, primas, prestaciones sociales, etc.; y la nulidad del acto negativo presunto derivado de ese silencio y, en consecuencia, se ordene a la entidad demandada reconocerle y pagarle las reclamaciones económicas denegadas con sus aumentos e incrementos y en moneda actualizada.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada se declaró inhibido para decidir el fondo de la litis por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto habiendo respondido la Caja de Previsión Social del Tolima, mediante oficio 764 de 29 de octubre de 1985, la petición que hizo el señor Franco Ramírez el 2 de agosto anterior, a fin de que se le cancelaran sus prestaciones sociales, el actor debió demandar la decisión contenida en el citado oficio, previa interposición de los recursos pertinentes y como no lo hizo, debe concluirse que no agotó la vía gubernativa, presupuesto indispensable, conforme al ordenamiento jurídico, para ocurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa (folios 135 a 139).

La parte actora interpuso recurso de apelación contra esta sentencia, arguyendo que, contrariamente a lo afirmado por el *a-quo*, sí se operó el silencio administrativo frente a su petición de reconocimiento y pago de las prestaciones que reclama, pues la respuesta que la Caja de Previsión Social del Tolima dio sobre el particular, no se debe tener como un acto administrativo, sino como una simple comunicación secretarial, toda vez que la funcionaria que suscribió el oficio 764 no es titular de la facultad de reconocer las referidas prestaciones.

La Doctora Fiscal Quinta de la Corporación en la vista reglamentaria (folios 157 a 159), opina:

> "... que el pretendido silencio administrativo aducido por el actor no se configuró en el caso *sub-lite*, ya que la administración, dio respuesta en tiempo oportuno, y en debida forma a la solicitud presentada por el

demandante para el reconocimiento y pago de cesantía definitiva, y demás emolumentos. En efecto, al folio 19 obra el oficio que contesta la petición, informando al demandante que debe tramitar su solicitud ente el Instituto Tolimense de Cultura, y no ante la Caja de Previsión Social del Tolima. En estas condiciones, al no tener ocurrencia el silencio administrativo en el caso en estudio, esta Agencia del Ministerio Público, solicita se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda."

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Caja de Previsión Social del Tolima ante la petición del actor de reconocimiento y pago de cesantía definitiva y otras prestaciones, por haber prestado sus servicios a ese Departamento -Secretaría de Educación e Instituto de Cultura, respondió que dicha solicitud debía tramitarse ante el mencionado Instituto, debido a que según el acuerdo No. 06 y la Ordenanza No. 021 de 1985, la Caja ya no tramitaba tales reconocimientos.

El Tribunal considera, que la respuesta que en tales términos dio la Caja, impide declarar que se ha operado el silencio administrativo negativo, y el apelante sostiene que se trata de una simple comunicación secretarial que no constituye acto administrativo ni puede tenerse como negación de la solicitud, porque la Secretaría General no es la titular de la facultad de resolver; que quien debía responder era el Director y éste guardó silencio.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 7o. de la Ordenanza 57 de 1966 que obra en el expediente, corresponde al Director de la Caja conceder, o negar mediante resolución motivada, el reconocimiento de las prestaciones que otorga la entidad y por ello la decisión afirmativa o negativa de tal reconocimiento no correspondía a la Secretaría General. Sin embargo, no puede olvidarse que además de la decisión de fondo, en relación con una petición pueden darse respuestas diferentes, como por ejemplo la que aquí se cuestiona, de mera información con el objeto de que la solicitud sea dirigida al organismo competente para tramitarla, que no requieren de resolución motivada de quien tiene la facultad para decidir el fondo del asunto.

El artículo 33 del C.C.A., aplicable a los procedimientos administrativos territoriales, en ausencia de norma local, dispone que en casos de incompetencia, deberá informarse esta circunstancia al interesado por escrito, o verbalmente si la petición es verbal, y si bien, como lo aduce el accionante, esa información no puede entenderse como una negativa de lo pedido, tampoco puede ignorarse, para asegurar que la entidad guardó silencio y que debe declararse ocurrido el silencio administrativo, fictamente negativo.

Es evidente por tanto que en el *sub lite* la administración ni reconoció ni negó el derecho impetrado, pero tampoco guardó silencio. Fallo sí, en cuanto ha debido remitir la petición a la entidad competente como lo dispone el mencionado artículo 33 del C.C.A., pero esta omisión no puede acarrear la consecuencia del silencio ficto porque no es éste el efecto que le da la ley.

De manera que la Sala encuentra acertadas las consecuencias del Tribunal en cuanto a la no ocurrencia del silencio administrativo, motivo que justifica la inhibición para proferir sentencia de mérito, pues no existiendo negativa administrativa ni expresa ni ficta, carece de objeto el control de su legalidad.

Por esta razón habrá de confirmarse la sentencia apelada, no por el no agotamiento de la vía gubernativa como lo adujo el *a quo* pues no habiendo decisión administrativa recurrible, no había lugar a tal agotamiento.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de veinticinco (25) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró inhibido para decidir de fondo la demanda instaurada por Antonio de Jesús Franco Ramírez.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL - Régimen de Personal/ **EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES / EMPLEADO PUBLICO/ TRABAJADOR OFICIAL/ EMPLEADO OFICIAL** - Clasificación.

Según el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos vinculados a la administración por una situación legal y reglamentaria, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales y los que ejerzan las actividades que según los estatutos de la respectiva entidad puedan ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y a esta disposición no se ajusta el acto acusado. La Resolución no precisa como lo manda el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 qué actividades pueden desempeñarse por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, sino que se remite a un Acuerdo Arbitral que hace referencia a categorías de empleos y no a actividades. Además dentro de esa categoría de empleos la Resolución invirtió la regla general contenida en dicho artículo, pues enumeró los cargos que podían ser desempeñados por empleados públicos, en lugar de señalar los casos excepcionales en que los cargos podían ser servidos por trabajadores oficiales vinculados por un contrato de trabajo. Es decir que el acto demandado convirtió lo general en excepcional y lo excepcional en general.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3480 Asuntos Municipales Recurso de Apelación. Actor: Julián Garcés Holguín.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada el 9 de diciembre de 1987, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por Julián Garcés Holguín en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

ANTECEDENTES:

1o.- El actor en demanda elevada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca impetró la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1o. Resolución número 2977 de febrero 26 de 1973 expedida por la Junta Directiva de Emcali, por medio de la cual establece una nueva clasificación del personal al servicio de Emcali.

2o. Resolución número 2984 de abril 9 de 1973, emanada de la Junta Directiva de Emcali, por medio de la cual modifica la Resolución número 2977 de 1973 citada en el numeral anterior. (fl. 57)

Los HECHOS fundamentales de la acción aparecen relacionados a folios 58-62 y a ellos se hará referencia, si fuese pertinente, en esta providencia.

Se invocan como normas violadas los artículos 16, 20, 63 y 76 numerales 9 y 10 de la Constitución de 1886; artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 y artículo 26 del Decreto 1050 de 1968.

Al desarrollar el accionante el concepto de violación de los preceptos mencionados, hace especial énfasis en la transgresión del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, puesto que por ser las Empresas Municipales de Cali-Emcali- un establecimiento público del orden municipal sus servidores son empleados públicos, salvo los trabajadores de la construcción que son trabajadores oficiales y no obstante ese precepto, el órgano directivo de esa entidad le otorgó la calidad de trabajadores oficiales a personas que por la labor propia que desempeñan son empleados públicos, por lo que se extralimitó en esa función: además dice esa clasificación debe hacerse en los estatutos del organismo en forma precisa y clara y no en una simple reglamentación interna, por lo que igualmente se contrarió el artículo 26 del decreto 1950 de 1968, puesto que los estatutos adoptados por la Junta Directiva de la entidad deben ser sometidos a la aprobación del gobierno, lo que no ocurrió con la

clasificación acusada. Igualmente manifiesta que los actos enjuiciados se expidieron con falsa motivación lo que los hace anulables. (fls. 62-78)

2o.- El Tribunal en el fallo recurrido niega las pretensiones de la demanda por considerar que siendo Emcali un establecimiento público, en sus estatutos podría hacerse la clasificación prevista en los artículos 5o. del decreto 3135 de 1968 y 3o. del Decreto 1848 de 1969, y como el Acuerdo No. 50 de 1961 del Consejo Municipal de Cali invistió en su artículo 38 de amplísimas facultades a la Junta Directiva, para "Dictar los reglamentos internos del establecimiento" y esa facultad se ejerció conforme a lo previsto en el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, no se infringieron las normas citadas por el actor.

Transcribe el fallo una sentencia suya anterior, que trata sobre el mismo tema y la prohija como sustento de su decisión, pero curiosamente al citar el concepto de su colaborador fiscal quien afirma que Emcali no es un establecimiento público sino una empresa industrial y comercial del Estado, dice compartirlo en su integridad. (fls. 207-218)

3o.- Al sustentar el recurso propuesto, el apelante insiste en que los actos acusados infringen el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968 y el artículo 76 numerales 10 y 12 de la Constitución de 1886. (fls. 239-246)

4o.- La Fiscalía Quinta de la Corporación solicita se revoque la sentencia apelada, se acceda a la nulidad del artículo único de la Resolución 2984 de 1973 y se profiera decisión inhibitoria con respecto a la Resolución 2977 del mismo año. Sustenta así su opinión:

> "Analizando el artículo único de la Resolución 2984 de 1973, se tiene que la Junta Directiva de Emcali, no podía clasificar los servidores de la Empresa, sino simplemente señalar o fijar qué personal tiene la calidad de empleado público o de trabajador oficial, teniendo en cuenta los lineamientos generales dados para tal efecto en la norma mencionada. Pero como en esta Resolución acusada-, se hizo la clasificación de los servidores de la entidad con base en las categorías fijadas por el laudo arbitral de 1968, violó la junta Directiva lo que dispone el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, ya que de conformidad con éste, es en los estatutos de los establecimientos públicos donde se debe precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo o mediante relación legal o reglamentaria". (fl. 254)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o. Naturaleza jurídica de la Empresa.

En primer término debe afirmarse que las Empresas Municipales de Cali "Emcali", son un establecimiento público del orden municipal dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 1o. del Acuerdo No. 50 de 1969 del Consejo Municipal de Cali que le dio vida jurídica a dicha entidad. (fl. 34 y siguientes)

Para sustentar este aserto, basta transcribir lo que esta Sala dijo en un caso similar en anterior sentencia:

"Examinados los preceptos transcritos (artículos 5 y 6 del Decreto 1050 de 1968) y en su conjunto los Decretos 1050 y 3130 de 1968, estatutos que regulan y fijan los principios rectores de la organización gubernamental y de la administración pública, conviene señalar que la concepción de tales entidades descentralizadas está orientada a fijar los parámetros que deben guiar la creación, orientación y funcionamiento de estas modalidades de prestación de servicios públicos a la comunidad, sin que constituyan moldes jurídicos invariables. Así, cuando el artículo 5o. del Decreto 1050 de 1968 se refiere a los establecimientos públicos, como los encargados "principalmente de atender funciones administrativas" no está impidiendo que atienda otras funciones tales como las comerciales y las industriales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de 20 de noviembre de 1972, con ponencia del Dr. Alvaro Orejuela Gómez, sobre la naturaleza jurídica y las actividades que puede desarrollar un establecimiento público dijo al respecto:

"Considera la Sala que constitucionalmente no existen en el país los denominados "establecimientos públicos organizados con carácter comercial e industrial", aunque de hecho haya clase de establecimientos públicos, es decir, aquellos que sin perder su naturaleza jurídica propia, inconfundible, están organizados, por razón del servicio que prestan, de la misma manera que se orientan y dirigen las entidades de carácter comercial o industrial, sin que tales modalidades, -que pueden estimarse adjetivas-, desnaturalicen la calidad típica de esos establecimientos públicos, que serán siempre tales, no obstante las expresadas orientación y organización internas, que se refieren a su funcionamiento, pero no, propiamente, a la naturaleza del establecimiento público. Ejemplo de aquellos son, entre otros, el Sena, Navenal, Zona Franca industrial y Comercial de Barranquilla y Puertos de Colombia.

Sobre el punto mencionado conviene observar que el Derecho Administrativo Francés, sí reconoce, expresamente, la citada clase de establecimientos públicos, o sea, los que en tal carácter "administran un servicio exclusivamente comercial o industrial", sin que por esta

circunstancia dichas entidades pierdan esa calidad especial, para convertirse en una empresa oficial de tipo comercial o industrial, que son desmembraciones del Estado con características propias".

Conforme a lo antes expuesto se concluye que una entidad Municipal podrá ser establecimiento público, aún cuando desarrolle funciones comerciales o industriales y máxime si el Concejo Municipal le dio expresamente esa naturaleza. Un criterio diferente originaría inestabilidad, pues adoptar la naturaleza jurídica de una entidad oficial por interpretación, traería repercusiones de inmenso impacto en el manejo de los recursos humanos, del presupuesto de la actividad contractual y en general de la buena marcha de la institución.

Por consiguiente, las Empresas Públicas de Manizales por ajustarse a las disposiciones que regulan los establecimientos públicos y haber sido creado en forma expresa como tal, es un establecimiento público del orden municipal, y por consiguiente, sus empleados por regla general son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales, si éstos se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas o si en sus estatutos se precisan otras actividades susceptibles de ser desempeñadas por personas con esta clase de vinculación laboral.

La Sala estima que existiendo definición normativa de que las Empresas Públicas constituyen un establecimiento público municipal, el actor ha podido impugnar en primer término, el Acuerdo al Consejo Municipal que le otorgó esa calidad, con el objeto de obtener por este medio una seguridad absoluta sobre el debate propuesto.

Admite la Sala , hablando en términos generales, que en la clasificación de una entidad puede haber errores técnicos, en cuanto a la definición de su linaje jurídico, pero su ajuste no puede realizarlo sino el órgano constitucionalmente dotado de competencia para ello". (Proceso No. 2878. -Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales. C.P. Dr. Diego Younes Moreno -Marzo 15 de 1991)

2o. *Facultades de la Junta Directiva.*

Sentada esta premisa y habiendo sido autorizada, la Junta Directiva de Emcali para adoptar los estatutos de la entidad por el Acuerdo 60 de 1961, creador del organismo, sí tenía una facultad para señalar los estatutos, qué actividades podían ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, como lo estipula el artículo quinto del Decreto 3135 de 1968, aplicable por analogía a las entidades del orden territorial, como lo ha aceptado la jurisprudencia. Sin embargo, según el artículo 5o del decreto 3135 de 1968 quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos vinculados a la administración por una situación legal y

reglamentaria, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales y los que ejerzan las actividades que según los estatutos de la respectiva entidad puedan ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y a esta disposición no se ajusta el acto acusado.

En efecto, en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 la Junta Directiva de Emcali expidió la Resolución 2984 de abril 9 de 1973 cuyo artículo único reza:

"Artículo Unico. El artículo 2o. de la resolución de la Junta Directiva No. 2977 de 26 de febrero de 1973 quedará así:

a). Son trabajadores oficiales y por consiguiente están vinculadas a este Establecimiento Público por contratos de trabajo regidos por la ley 6a de 1945 y el Decreto 2127 y las demás disposiciones que rigen las relaciones individuales de los Trabajadores Oficiales, los que desempeñan oficios que según el Laudo Arbitral de 1968 quedaron clasificados entre las categorías 02 y 58 inclusive, excepto los que más adelante se enumeran.

b). Expresamente se exceptúan de la norma anterior, y por consiguiente tendrá el carácter de Empleados Públicos, no obstante hallarse ubicados entre las categorías 02 y 58 inclusive, quienes desempeñan los siguientes oficios...(fl. 1)

Como puede observarse, la Resolución no precisa como lo manda el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 qué "actividades" pueden desempeñarse por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, sino que se remite a un Acuerdo Arbitral del año de 1968 que hace referencias a "categorías de empleos" y no a "actividades".

Además, dentro de esa categoría de empleos la Resolución invirtió la regla general contenida en el artículo 5 del decreto 3135 de 1968, pues enumeró los cargos que podían ser desempeñados por empleados públicos, en lugar de señalar los casos excepcionales en que los cargos podían ser servidos por trabajadores oficiales vinculados por un contrato de trabajo. Es decir que el acto demandado convirtió lo general en excepcional y lo excepcional en general.

Por otra parte examinado el laudo arbitral a que se refiere la Resolución, encuentra la Sala que la clasificación dispuesta por la Junta corresponde a un acuerdo de conciliación celebrado entre la Empresa y su sindicato, acogido por el Tribunal de Arbitramento obligatorio que solucionó un diferendo laboral, lo cual denota que no fue el criterio excepcional contenido en la ley el que orientó la clasificación de los empleados del establecimiento municipal, sino que se llegó a ella por concesiones sindicales que no son propias ni pueden regir las relaciones laborales de los establecimientos públicos, en cuanto se refiere a los empleados públicos.

Por las anteriores razones habrá de revocarse el fallo apelado y en su lugar, acceder a la nulidad impetrada en la demanda.

Con respecto a la Resolución 2977 de 1973, igualmente demandada, no procede la declaratoria de nulidad, puesto que su artículo 2o. fue modificado por la señalada Resolución 2984 que se anula y con relación a sus otros artículos, no se indicó en forma precisa el concepto de violación para enjuiciar su legalidad.

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia de diciembre nueve (9) de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en este proceso.

2o. DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 2984 de abril 9 de 1973 originaria de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Cali, Emcali.

3o. NIEGANSE las demás 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 quince (15) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR/PRESTACIONES SOCIALES-Liquidación/ **ASIGNACION DE RETIRO/PRIMA DE SALTO**-Improcedencia

El artículo 4o. del decreto 674 de 1965 fue derogado tácitamente a partir de la vigencia del Decreto 3071 de 1968, que reguló en forma contraria las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones y asignación de retiro o pensión, en la medida en que no incluyó dentro de ellas a la prima de salto. Además, el estatuto legal aplicable en el momento de retiro del actor, o sea el Decreto Extraordinario 2337 de 1971, artículo 116, tampoco tiene dicha prima como partida que debe tenerse en cuenta para la liquidación de esos derechos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 372-7115 Resoluciones Ministeriales. Actor : Luis Hernando Cárdenas Martínez.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por LUIS HERNANDO CARDENAS MARTINEZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de febrero de 1982, por medio de la cual se denegaron sus pretensiones de nulidad de los actos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa que le

reconocieron asignación de retiro y prestaciones unitarias, respectivamente, sin tener como partida computable la prima de salto en paracaídas.

Los hechos de la demanda fueron relatados así:

1o.- El señor LUIS HERNANDO CARDENAS MARTINEZ, prestó sus servicios en el Ejército Nacional en su calidad de Oficial durante 34 años, 1 mes y 7 días, computados tiempos dobles hasta el 16 de marzo de 1973, fecha en la que con el grado de Coronel del Ejército fue retirado de la actividad militar por medio del Decreto 2613 del 16 de diciembre de 1975 a solicitud propia.

2o.- De conformidad con el total de tiempo militar liquidado en la Hoja de Servicios, mi poderdante consolidó el derecho a percibir una asignación mensual de retiro del 95%, para cuya liquidación se tuvo en cuenta el sueldo básico que en todo tiempo rige para un oficial de su mismo grado y antigüedad en servicio activo e incluyendo dentro de dicha liquidación las partidas determinadas en el artículo 116 de los Decretos 2337 de 1971 y 183 de 1975, incluido un subsidio familiar de 47%.

3o.- Con base en el total de tiempo militar liquidado, se dictó por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares la Resolución 0364 de 2 de abril de 1976, aprobada por la No. 3.794 del 19 de abril del mismo año, proferida por el señor Ministro de la Defensa Nacional.

4o.- Con el mismo total de tiempo militar liquidado, se dictó por el Ministerio de Defensa Nacional la Resolución No. 3.795 de 19 de abril de 1976, mediante la cual "se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales unitarias consolidadas por el Retiro de mi poderdante y se resuelve un pedimento con fundamento en el expediente EJTO 0102 de 1976."

5o.- En dicha resolución se consolidaron las prestaciones sociales indicadas en el Decreto 2337 de 1971 y se procedió a su liquidación:

"a) ARTICULO 63, Prima de Navidad:

Por el lapso comprendido entre el 1o. de enero y el último de febrero de 1976 le corresponden 2 doceavas partes, liquidada sobre la suma de $13.701,25".

"b) ARTICULO 118. Cesantía Definitiva:

Por 34 años, 1 mes y 7 días, según Hoja de Servicios Militares No. 041 de 1976 a razón de un mes de los siguientes haberes o partidas computables, por cada año de servicio o fracción de 6 meses o más:

Sueldo Básico	$ 5.650.00
Subsidio familiar	$ 3.559.00
Prima de Antigüedad	$ 1.638.00
Prima de Navidad	$ 1.141.00
Prima de Estado Mayor	$ 1.130.00
Prima de Actividad	$ 847.00
Total	$13.967.27

"c) ARTICULO 113. Vacaciones 30 días.

En la siguiente forma: 10 días por el lapso comprendido entre el 30 de julio de 1973 y la misma fecha de 1974 y 20 días por el lapso comprendido entre el 20 de julio de 1974 y 20 de julio de 1975, causadas y no disfrutadas, liquidadas sobre los siguientes haberes o partidas computables:

Sueldo básico	$ 5.650.00
Subsidio familiar	$ 3.550.50
Prima de Antigüedad	$ 1638.50
Prima de Actividad	$ 1.779.75
Prima de Estado Mayor	$ 1.130.00
Total	$ 13.757.75

6o.- En la Resolución No. 0364 del 2 de abril de 1976 proferida por la Caja Nacional de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, y aprobada por la No. 3794 de 19 de abril del mismo año, dictada por el señor Ministro de Defensa Nacional, se tuvo en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante "el sueldo básico que en todo tiempo rija para un oficial de su mismo grado y antigüedad en servicio activo y las partidas en los porcentajes aquí determinados".

Prima de Actividad	15%
Prima de Antigüedad	20%
Prima de Estado Mayor	20%
Subsidio Familiar	47%
Prima de Navidad	1/12".

7o.- En ninguna de las Resoluciones acusadas mediante las cuales se reconoció a favor de mi mandante, tanto las prestaciones sociales unitarias consolidadas, como el sueldo de retiro, se incluyó para las respectivas liquidaciones la Prima de Salto en Paracaídas de que trata el Decreto 674 de 1965, dictado el 25 de marzo de 1965, por el Ejecutivo Nacional, con base en facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 12 en concordancia con el 4o. de la Ley 1a. de 1963, inclusión que ha debido hacerse por tratarse de un derecho adquirido al tenor del Estatuto citado.

8o.- El señor Coronel LUIS HERNANDO CARDENAS MARTINEZ, adquirió el derecho al reconocimiento de la Prima de Salto en Paracaídas, por haber cumplido con los requisitos que exige el citado Decreto en sus artículos 1o. y 4o. como se demuestra con las Actas Nos. 324 y 325 de 25 de septiembre de 1975, elaboradas en Tolemaida, por el señor Comandante de la Escuela de Lanceros, adscrita al Ejército Nacional. Por la primera de dichas actas se constató que mi poderdante, cuando tenía el grado de Mayor del Ejército Nacional, y se desempeñaba como Comandante encargado del Batallón de Infantería Aerotransportado No. 1, General Serviez, había acumulado para el 16 de diciembre de 1968, un total de 126 saltos en paracaídas, y por la segunda, se constató que para el 3 de septiembre de 1975, mi poderdante había realizado 249 saltos en paracaídas, desde una Aeronave en vuelo, ordenados por autoridad competente." (fls. 3 a 5, cdno. ppal.).

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se expuso:

"Con los actos acusados, se han violado las siguientes disposiciones de orden constitucional y legal:

Artículo 17, 30 y 169 de la Constitución Nacional, Artículos 13, 21, 127 y 128 del C.S. del T., Artículos 1o. y 4o. del Decreto 674 de 1965 y 2o. de la Ley 5a. de 1969.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece: "El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado", se ha violado esta disposición por cuanto no se ha protegido el derecho adquirido por mi poderdante, al no incluir en la liquidación de las prestaciones sociales consolidadas la partida correspondiente a la prima de salto en paracaídas y la bonificación establecida en el Decreto 674 de 1965 conforme a las condiciones anotadas allí y de acuerdo a los porcentajes obtenidos por la realización de 249 saltos, como lo dicen las actas respectivas, y el artículo 30 de la misma obra por las misma razones, ya que éste "garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, conforme a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, como se ha hecho en el presente caso, al negar en el artículo 2o. de la Resolución No. 3.795 de 1976, la inclusión de la prima de salto para la liquidación de las prestaciones sociales del actor, dando aplicación al literal a) del artículo 116 del Decreto 2337 de 1971.

Mi poderdante adquirió con justo título el derecho consagrado en el Decreto 674 de 1965, cuyos artículos violados con las providencias ameritadas son:

"1o.- El personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares pertenecientes a Unidades Aerotransportadas, tendrán derecho a una prima mensual de salto en paracaídas correspondiente al quince por ciento (15%) del sueldo básico del grado, porcentaje que se aumentará en un uno por ciento (1%) por cada veinte saltos efectuados, hasta completar ciento veinte (120) saltos. De 126 saltos en adelante solo se computará el cero cinco por ciento (0.5%), por cada 20 saltos adicionales sin que el total de la prima de salto en paracaídas exceda del sueldo básico del militar.

"2o.- La prima de salto en paracaídas y la bonificación que establecen en este Decreto solamente se liquidan para prestaciones sociales en las siguientes condiciones:

a) Para el sueldo de retiro si el militar tiene 15 o más años de servicios y 120 saltos en paracaídas, por lo menos.

b) Para las demás prestaciones sociales sólo cuando se cumpla un mínimo de 120 saltos en Paracaídas".

Se ha violado *prima facie* el mandato contenido en esta normas, por cuanto el Coronel en retiro CARDENAS MARTINEZ, cumplió más de 15 años de servicio y realizó más de 120 saltos según las actas 324 y 325 de septiembre de 1975. Exactamente mi mandante antes de su retiro del servicio activo había acumulado 249 saltos en paracaídas desde una aeronave en vuelo, ordenados por autoridad competente, luego dando exacta aplicación al artículo 1o. del Decreto 674 de 1965, adquirió el derecho a que en la liquidación de sus prestaciones sociales y sueldo de retiro sea incluido el 24% del sueldo básico mensual que en todo tiempo devengue un oficial en servicio activo, de su mismo grado y antigüedad.

De otro lado, el artículo 169 de la Carta, estatuye: "Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley". Dentro del término pensiones, aplicable a este caso, también se incluyen las prestaciones unitarias, dado que la prima de salto por sus condiciones es una de ellas.

Privar de un beneficio concedido y protegido por claras disposiciones laborales, es violar abiertamente dicho ordenamiento legal y desconocer un derecho adquirido con justo título, por haber cumplido con las exigencias señaladas en la norma que lo estatuye.

El artículo 13 del C.S. del T., consagra el mínimo de derechos y garantías a favor de los trabajadores, contenidas en sus disposiciones y no produce efecto cualquiera otra estipulación que afecte o desconozca este mínimo y como regulan el trabajo, son de orden público, al decir del artículo 14 de la misma obra "por consiguiente los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables". Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 127 *ibídem*. Para los anteriores razonamientos, por ser el caso interesante, como lo es, debe darse oído a las voces del artículo 21 del C.S. del T. sobre la desfavorabilidad en el aspecto laboral al desatar esta clase de controversia, porque lo favorable prima sobre lo restrictivo o desfavorable, como lo sería aplicar lo previsto en el literal a) del artículo 116 del Decreto 2337 de 1971, que deja por fuera sin razón alguna pues constituye salario, la prima de salto en Paracaídas reconocida por el Decreto 674 de 1965.

Además el artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969, establece: "Para lo efectos del artículo 5o. de la ley 5a. de 1966, se entiende por asignación actual el *promedio de todo lo devengado* (se subraya en la demanda) por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc., en la respectiva actividad, labor, profesión, u oficio....".

Dejo así explicadas las razones que me asisten para considerar que la no *inclusión* de la prima o bonificación por Salto en Paracaídas, prevista

en el Decreto 674 de 1965, como elemento salarial para la liquidación de asignación de retiro, cesantía definitiva y vacaciones y prima de navidad, decretados a favor de mi mandante en las resoluciones acusadas, viola de manera ostensible las disposiciones atrás citadas, por lo cual reitero lo solicitado en las peticiones iniciales de la demanda, en el sentido de que debe decretarse nulidad de los actos acusados y restablecer en su derecho a mi representado." (fls. 5 a 7).

La sentencia apelada. En síntesis considera que en el momento en que el actor se retiró del servicio la legislación aplicable para la liquidación de sus derechos no incluía la prima de salto en paracaídas como partida computable (Decreto 2337 de 1971).

Reconstrucción procesal. La parte demandante obtuvo la reconstrucción del expediente, después de su destrucción en los hechos del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Situación fáctica.* Está demostrado que el demandante en su condición de oficial del Ejército cumplió 15 años de servicio, sin incluir tiempo doble, el 1o. de febrero de 1968 (fl. 71); que completó el 31 de diciembre de 1968 126 saltos en paracaídas desde una aeronave en vuelo, ordenados por autoridad competente (fl. 72), los cuales aumentaron a 249 para el 3 de septiembre de 1975, habiendo devengado por prima de salto en diciembre del mismo año $1.366.00 y que solicitó y obtuvo su retiro el 16 de marzo siguiente con un total de servicios de 34 años, 1 mes y 7 días, aunque los últimos tres fueron de alta.

2. *Situación jurídica.*

La administración liquidó las prestaciones del actor con fundamento en los decretos 2337 de 1971 y 183 de 1975, normas que no contemplan como factor de liquidación la prima de salto, al paso que el actor aspira a que se aplique a su caso el decreto 674 de 1965 que si lo ordenaba, en determinadas condiciones.

Ahora bien, la Sala advierte que el artículo 4o. del decreto 674 de 1965 fue derogado tácitamente a partir de la vigencia del decreto 3071 de 1968, que reguló en forma contraria las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones y asignación de retiro o pensión, en la medida en que no incluyó dentro de ellas a la prima de salto.

Además, el estatuto legal aplicable en el momento de retiro del actor, o sea el decreto extraordinario 2337 de 1971, artículo 116, tampoco tiene dicha prima como partida que deba tenerse en cuenta para la liquidación de esos derechos.

Entonces, como el actor se retiró del servicio el 16 de diciembre de 1975, es este el *momento jurídico* determinante del reconocimiento de sus prestaciones sociales por esa causa, incluida su asignación de retiro, y su liquidación debió hacerse con fundamento en la normatividad vigente en ese *momento*.

De ahí, que sea imposible que la Sala concluya que el demandante había consolidado el derecho que reclama bajo la vigencia del decreto 674 de 1965, porque *no existió el hecho* que determinara la aplicación del artículo 4o., sencillamente porque no se retiró bajo su vigencia y continuó en servicio y sólo posteriormente, en 1975, ocurrió su retiro, año en el cual aquella norma ya no estaba vigente.

En otras palabras, respecto del artículo 4o. del decreto 674 de 1965, la situación del actor fue de simple *expectativa*, en momento alguno alcanzó a generar un derecho que hubiera ingresado a su patrimonio, o a consolidar una situación jurídica consumada o definida, esto es, a generar un derecho adquirido.

3. La situación descrita no puede cambiar frente a los artículos del Código Sustantivo del Trabajo invocados, pues los servidores del Estado están excluidos expresamente de su aplicación por mandato del artículo 4o.

4. Y si todo lo anterior es así, tampoco ve la Sala cómo pudieron haberse quebrantado los artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Política, a cuya transgresión sólo es posible llegar por la violación de las leyes que lo desarrollan, lo cual no ocurrió en el caso *sub-judice*.

En consecuencia, 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 Cundinamarca a 16 de febrero de 1982, en el proceso promovido por el señor LUIS HERNANDO CARDENAS MARTINEZ.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en su sesión celebrada el día 15 de julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente; *Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez; *Pedro Charria Angulo,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECURSO DE REVISION - Improcedencia.

La causal de revisión en estudio no es una nueva oportunidad probatoria para suplir las deficiencias de la prueba que por omisión de las partes se hayan presentando en el proceso que originó la sentencia objeto del recurso. De tal manera que si en el proceso que originó la sentencia la prueba pericial fue deficiente, como lo afirmó el Ministerio Público, no es posible aceptar posteriormente, que la prueba de la misma naturaleza que se solicite para probar la causal 3a. en estudio, tenga la calidad de recobrada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor: Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 860 Pensiones y Recompensas Actor: Luis Alberto Giraldo Herrera.

Conoce la Sala de la revisión de las sentencias proferidas por la Sección Segunda el 1o. de septiembre de 1980 y el 16 de Julio de 1982 respecto del ex-soldado LUIS ALBERTO GIRALDO HERRERA.

ANTECEDENTES

1. Por sentencia de la Sección Segunda del 1o. de Septiembre de 1980 se denegó la pretensión de pensión de invalidez que formuló el ex-soldado Luis Alberto Giraldo Herrera (fls. 39 a 43).

2. El ex-soldado promovió acción de revisión contra dicha sentencia con el siguiente fundamento:

"En ese orden por la sentencia que se acusa en acción revisoria tomando en cuenta la aplicación errónea de la Ley, de la deficiencia probatoria de las actas médicas y de la conceptuación pericial clínica médica, se violó el artículo 3o. del Decreto 2218, el artículo 4o. del Decreto número 2728 de 1966 y el Decreto número 1378 de 1967, en su numeral 3-127 por no haberse aplicado esta clasificación." (fl. 5).

3. Por sentencia de la misma sección, del 16 de Julio de 1982, fue denegada la revisión impetrada (fls. 2 a 8).

4. *La revisión propuesta.* Se afirmaron los siguientes hechos:

"1.1. El soldado Alberto Giraldo Herrera prestó servicios a las FF. MM. con ingreso en plena capacidad física el día 6 de Junio de 1968 hasta el día 16 de Enero de 1970 en que fue dado de baja por incapacidad relativa y permanente según las actas médicas 1369/1370 de la Sanidad Militar que concluyen diagnosticando perforaciones timpánicas con sordera, placas cicatrizadas de coroindoretinitis, atrofia testicular por orquitis. Con fecha 2 de Noviembre de 1972 reingresa al Hospital Militar por cuenta de esta entidad, con manifestaciones de trastornos del aparato locomotor que evolucionan definitivamente y en forma irreversible hacia una cuadriplegia con presencia de gran invalidez y en ese estado permanece recluido sin pensión en el Hospital Militar Central, con diagnóstico de esclerosis múltiple.

1.2. El H. Consejo de Estado, Sección 2a. al proferir sentencia con fecha 1o. de Septiembre de 1980 observa una deficiencia probatoria porque no se establece desde cuando comenzó dicha enfermedad, "puesto que la incapacidad debe ocurrir durante el servicio, siendo precisamente la causa de retiro, para que haya lugar a la pensión". "En las actas médicas nada se dijo de esta enfermedad." En la sentencia del 16 de Julio de 1982 y en el proceso judicial revisorio, se produjo concepto del Ministerio del Trabajo, División de Medicina Industrial (fl. 31) en donde se expresa que la esclerosis múltiple es una enfermedad crónica, lentamente progresiva, con múltiples signos y por lo tanto es posible que ella estuviera evolucionando en la fecha del desacuartelamiento, sin poderlo confirmar, puesto que no aparecen datos clínicos que permitan establecerlo."

1.3. Los datos clínicos *sub examine* se encuentran en la historia clínica del Hospital Militar Número 162783 y en las actas médicas 1369/1370. Aparecen lesiones oftalmológicas de coroidoretinitis; de atrofia testicular; perforación en la membrana timpánica izquierda con

mastoiditis y sordera de tipo conductiva de 45%. Estos síndromes anatomopatológicos deben reeexaminarse dentro de este juicio porque son precisamente antecedentes de la esclerosis múltiple.

1.4. El médico Especialista Dr. Raul García Urrea quien con severo interés médico viene conociendo del caso de Luis Alberto Giraldo expide con fecha 28 de Febrero de 1983 concepto científico en el sentido de que los antecedentes atróficos testiculares, amigdalectómicos, de coroiretinitis deben llevar a la conclusión de que la esclerosis múltiple en placas se manifiesta en el caso *sub examine* con relaciones de causalidad específicas de evolución desde que el soldado Luis Alberto Giraldo se encontraba en el Ejército y que estas lesiones son antecedentes anatomopatógicos de la enfermedad de lenta evolución.

Y afirma con criterio científico que la atrofia testicular corresponde a trastornos (sic) genitales de antecedencia en la esclerosis multipleta; (sic) los trastornos de agudeza visual son características muy específicas de la enfermedad, tanto mas que al examen de fondo de ojos se encontró una placa ciatrical, que bien pudo corresponder a la primera manifestación de tipo ocular de la enfermedad desmielinizante. Las manifestaciones auditivas tienen menor valor de diagnóstico, pero no puede ignorarse, tanto mas cuanto que la evolución de la enfermedad hasta cuando regresó ya cuadraplégico, confirmaría la hipótesis de que los antecedentes son formativos en el sentido de que la enfermedad evolucionó por brotes, en el curso de varios años, desde su primera manifestación, 1968, segunda en 1969, cuando se le verificó Junta Médica para retiro hasta su hospitalización ya definitiva en 1972, concluye el Profesor García Urrea.

1.5. La revista Boletín Médico Internacional suministra valiosísimos informes sobre esta enfermedad que coinciden con lo anterior. En efecto, es una enfermedad del sistema nervioso central no sistematizado. Se caracteriza por la desmielinización del neuroeje. y "todo ensayo de clasificación de estas afecciones tiene mucho de arbitrario dada la falta de datos etimológicos precisos sobre la mayor parte de ellas". La esclerosis en placas o esclerosis múltiple se caracteriza por trastornos genito-esfinterianos, por neuromielitis óptica, por trastornos visuales, por su evolución por brotes. Estos antecedentes se encuentran como nosología de la enfermedad en las actas médicas, a saber: (la orquitis como trastorno genito-esfinterino; placas de coroidoretinitis dentro del área de los neuromielitis óptica; trastornos auditivos y trastornos de la visión; áreas de reacciones inflamatorias como la orquitis y la amigdalitis en sucesivos brotes y que según el Profesor Raul García Urrea llevan a un diagnóstico con hipótesis retroactiva de la enfermedad.

Este examen es el recobro de piezas decisivas de carácter médico clínico para establecer que para la fecha de baja del demandante la enfermedad

diagnosticada con posterioridad había sido adquirida en el servicio. La edad del demandante y el tiempo transcurrido en la aparición de los primeros antecedentes y la evolución agresiva de la enfermedad que según Schilder puede ser de dos a cuatro años, que es a este término en que la lesión se agudiza con atrofias del aparato locomotor. -" (fls. 9 a 11).

El capítulo de las normas violadas concepto de la violación se planteó así:

"Art. 17 de la carta y 169. Artículo 3o. del Decreto Ley 2218 de 1966. Articulo 4o. del Decreto Ley 2728 de 1968. Artículo 164, 165, causal 3a. y 6a. del C.C.A. Artículo 21 del C.S. del trabajo.

2.1. Consagra la Constitución en el artículo 17 la protección a las relaciones del trabajo a la Nación, de no cualquier manera, sino de manera especial lo que el Estado garantiza, esto es, la interpretación benigna y favorable de la Ley, bajo el principio de *indubio pro labore*, (art. 21), de preferir la mas favorable en caso de duda, de dar a la interpretación de la Ley laboral el sentido jurídico y normativo para proteger de manera especial esa relación de trabajo, de hacer irrenunciable el derecho a pensión (art. 13) y consagra también que los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos, y por las maneras que la Ley haya dictado.

En ese orden ha de juzgarse la demanda y la protección que se le impetra al Estado para un soldado de sus Ejércitos que se invalidó a sus servicio. La afirmación de que se invalidó a su servicio tiene posición probatoria en las actas médicas 1369/1370 capacidad inferior al 75%, establecen probatoria e indiscutiblemente que para la fecha de su retiro el demandante había presentado "*brotes*" o manifestaciones anatomopatológicas cuando tenía edad de 20/25 años, que era edad que tenía en el Ejército, consistentes en trastornos genitoesfinterianos (orquitis), en trastornos visuales y auditivos (placa de coroidoretinitis central cicatrizada), disminución de la capacidad visual, y que en el orden de evolución de 2 a 4 años, y que son síndromes de esta enfermedad. No se había revisado este aspecto por los médicos que conceptuaron sobre los índices de incapacidad laboral y que admitieron que posiblemente podía haberse adquirido tal lesión durante el tiempo en que el demandante había prestado sus servicios. Pero esta posibilidad no se relacionó con los brotes o episodios con internación hospitalaria, ni se examinó tampoco que estas lesiones coincidían precisamente con los antecedentes anatomopatológicos de la esclerosis múltiple, en placas, como si se admite en los estudios de boletín médico que anexo.

2.2. De esta manera se recobran piezas decisivas con las cuales puede pronunciarse una decisión distinta. (art. 165, causal 3a.). Dice el H. Consejo de Estado a este respecto: "La causal 3a. de revisión se refiere

a las circunstancias de haberse recobrado piezas decisivas o probado hechos anteriores a la decisión, que hubieren servido para pronunciar un fallo diferente." (Sent, 26 spbre. 1961, t. LXIII, nums 392/396, pag, 813). En este caso, el presente juicio revisorio es medio para probar hechos anteriores a la decisión que se pide revisar, lo cual cabe dentro de la causal revisoria que se invoca.

2.3. Bien pudiera darse la causal 6a. *in fine* del artículo 165 del C.C.A., porque existiendo como existe el contexto del experticio del señor Jefe de la División de Medicina Industrial del Ministerio del Trabajo, de que la lesión invalidante pudo haberse adquirido en razón de la evolución lenta que caracteriza a la esclerosis múltiple, durante el tiempo del servicio en filas en el Ejército, ha debido aplicarse la regla del artículo 21 del C.S. del Trabajo, en concordancia con el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 por tratarse de un caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes sobre trabajo (*in dubio pro labore*), dando además protección especial a una relación que indudablemente envuelve un caso de lesa humanidad, por el tratamiento rígido, restrictivo de la Ley, y en el entendimiento no permisivo de la prueba, todo lo contrario a lo previsto en el artículo 17 de la Carta. Es el *sumun jus*, *sumun injuria* con que se inspira el Juez Contencioso Administrativo, so pretexto de que esta justicia es rogada, lo que es por lo menos inexacto, para no calificar esta manera de ejercer la magistratura de la Nación de otro modo. La indebida aplicación de la Ley que es en este caso, el artículo 241 del C.P.C., por remisión incidente en este juicio, se muestra por la errónea apreciación del experticio del Ministerio del Trabajo que planteó la duda por lo menos sobre el origen de la lesión padecida por el demandante.

2.4. Si no se concede la revisión se estaría en quebranto de lo previsto en el artículo 3o. del Decreto Ley 2218 de 1966, mediante el cual se ordena tener como causalidad de la invalidez desde que se diagnosticó la enfermedad para los efectos del derecho a pensión de invalidez. Y por otra parte se violentaría el artículo 4o. del Decreto Ley 2728 de 1968 que dispone que el soldado tenga derecho a una pensión de invalidez cuando pierda su capacidad laboral de manera absoluta para todo oficio remunerada.

2.5. Con las actas médicas queda establecida la relación de causalidad entre los episodios lesionantes de que tratan las actas médicas y la evolución de la esclerosis múltiple, de placas que es el diagnóstico de la lesión, es pues, una prueba que se recobra porque sirve ahora para establecer la interrelación entre los antecedentes que se presentaron cuando el demandante servía en el Ejército y la evolución posterior invalidante de su enfermedad." (fls. 11 y 12).

5. *La Vista Fiscal.* El señor agente del Ministerio Público, emitió su concepto en los siguientes términos:

"La jurisprudencia y la doctrina establecen que ""Es aceptable la denominada revisión no solo cuando la posterior se fundamenta en causal diferente a la invocada inicialmente, sino cuando con apoyo en la misma causal se hace consistir la mala aplicación o errónea interpretación de la Ley en hechos distintos a los primeramente alegados"" (sent, 31 de marzo 1960, t. LXIII, nums 387-391, p. 679).

Lo pretranscrito es aplicable al *sub-lite* ya que la causal alegada para la segunda revisión es la misma ("recuperación" de probanzas que acreditan a la "arterioesclerosis múltiple" como causa de la alegada invalidez absoluta"), es la misma que se invocó en la primera revisión, y, sin que, de otra parte, se aprecie ni en la sentencia impugnada ni en la primera revisión mala aplicación o errónea interpretación de Ley alguna. Así las cosas, el recurso que nos ocupa no está llamado a prosperar.

Ahora, en cuanto al fondo de la cuestión, la pericia médica en que se apoya la actual pretensión (folio 92) deja en el limbo probatorio el hecho del que se pretende deducir la consecuencia jurídica impetrada, y, esta clase de duda científica sobre aspecto médico lindante con el "misterio" (ver folio 91), no es de las que permiten ser amparadas con el principio de "*in dubio* pro-trabajador", sino que, simplemente, se convierte en hecho tan imposible de probar que hace irrito el derecho que se pretende derivar del mismo. Es triste, pero es así." (fls. 144 y 145).

6. *Reconstrucción Procesal.* La parte actora solicitó y obtuvo la reconstrucción del expediente, después de que se destruyera en los hechos del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de Noviembre de 1985.

LA SALA CONSIDERA:

A. Observa la Sala, en primer término, que esta acción revisoria se fundamenta en las causales tercera y sexta del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, bajo cuyo imperio se presentó el 16 de Junio de 1983 (fl. 13 vuelto).

La primera de las aludidas causales se presenta "Cuando después de conferido o denegado (el reconocimiento) se recobran piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta"; la segunda, "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".

B. En lo atinente a la primera causal de revisión que se invoca, se advierte que la demanda indica varias pruebas como recobradas; pues, en el último párrafo de los hechos se da a entender que el examen hecho por el médico Raúl García Urrea " es el recobro de piezas decisivas"; mas adelante parece sugerirse que un Boletín Médico Internacional que se habría anexado a la demanda, haría parte de aquellas (final del acápite 2.1. del capítulo "NORMAS LEGALES APLICABLES. VIOLACION DE LA LEY" e inicio del 2.2.) y en el 2.5. se hace referencia a las actas médicas.

Ahora bien, tanto el estudio del médico Raúl García Urrea (fls. 36 y 37), como lo que se dice del Boletín Médico Internacional en el hecho 1.5., se relacionan con la parte médica del caso que por requerir de especiales conocimientos científicos o técnicos solo procedería mediante la prueba pericial.

De otro lado observa la Sala que para dictar la primera sentencia, la del 1o. de Septiembre de 1980, se practicó la prueba pericial médica del folio 19, aclarada por la de folio 18; a su vez para proferir la sentencia de revisión del 16 de Julio de 1982, se llevó a cabo la pericia médica de folio 15 y en esta segunda revisión se practicó la de folios 90 a 92.

En las anteriores condiciones, no puede afirmarse que el estudio del médico Raúl García Urrea, que no es prueba pericial de este proceso, o el citado Boletín Médico, que no fue reconstruido después de la destrucción del expediente, o la prueba pericial que obra a folios 90 a 92, sean pruebas recobradas; pues tratándose de la prueba pericial para que pueda tener dicha calidad, se requiere que en el respectivo proceso *no se hubiera podido practicar* sin culpa de la parte revisante. Y ese no es el caso presente, porque como quedó visto en cada uno de los procesos que antecedieron al presente, las pericias médicas se cumplieron a cabalidad.

Y es que, como se ha dicho anteriormente, la causal de revisión en estudio no es una nueva oportunidad probatoria para suplir las deficiencias de la prueba que por omisión de las partes se hayan presentado en el proceso que originó la sentencia objeto del recurso, de tal manera que si en el proceso que originó la sentencia del 1o. de Septiembre de 1980 la prueba pericial fue deficiente, como lo afirmó el Ministerio Público en concepto acogido por esa providencia (fl. 41), no es posible aceptar posteriormente, que la prueba de la misma naturaleza que se solicite para probar la causal 3a. en estudio, tenga la calidad de recobrada.

Lo propio cabe decir en relación con las actas médicas de la sanidad militar números 1369 y 1370 (fls. 20 y 21), mencionadas tres veces en la sentencia del 1o. de Septiembre de 1980.

Consecuentemente, si las pruebas aludidas no tienen la calidad de recobradas, huelga el estudio para establecer si con ellas se hubiera podido proferir una decisión diferente, punto este que es la segunda condición exigida por la causal de revisión que se ha venido analizando.

Síguese, entonces, que la causal tercera invocada no puede prosperar.

C. La otra causal en que se fundamenta la acción revisoria, es la sexta, parte final del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, como consecuencia de la presunta indebida aplicación del artículo 241 del C. de P. C.

La sentencia del 1o. de Septiembre de 1980 negó el reconocimiento de la pensión de invalidez pretendida y, en consecuencia, dicha causal sexta no es aplicable en razón de que, con excepción de la causal tercera, todos los motivos de revisión consagrados en el artículo 165 mencionado, requieren que la sentencia respectiva haya impuesto al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero (art. 164 *ibídem*) o con el lenguaje del artículo 165, que contenga un reconocimiento.

Y si alguna vez la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo admitió la posibilidad de que tal causal pudiera aplicarse a sentencias que hubieran negado el reconocimiento, ese criterio fue expresamente recogido en la sentencia de revisión del 25 de Noviembre de 1991, expediente S-219, en el que fue actor el doctor José Antonio Pedraza Picón.

Por consiguiente, esta causal tampoco puede prosperar.

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

FALLA:

DENIEGASE la revisión de las sentencias proferidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 1o. de Septiembre de 1980 y el 16 de Julio de 1982, en los procesos promovidos por LUIS ALBERTO GIRALDO HERRERA.

Cópiese, notifíquese, y archívase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 8 de Julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Carmenza Arana de Ramírez, Conjuez; *Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Guillermo López Guerra,* Conjuez,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON CARRERA ADMINISTRATIVA - Inscripción / **ANULACION**

Con arreglo a las previsiones del artículo 3o. del Decreto 342 de 1970 se requería para ser inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, entre otros requisitos, reunir las calidades exigidas para el desempeño del cargo en el "Manual de Clasificación de empleos" elaborado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil y a falta de éste, los que determine el Consejo Superior del Servicio Civil. Ahora bien, para la fecha en que se inscribió al demandado en el mencionado escalafón, la Resolución 657 de 1971 de dicho Departamento Administrativo, aprobada por el Decreto 2269 de 1971, exigía como parte de los requisitos mínimos para desempeñar el cargo de Inspector General de Aduanas, haber terminado estudios superiores en Administración, Derecho o Economía y curso específico. En relación con el requisito "Terminación de Estudios" la misma resolución establece: "se refiere a haber cursado y aprobado la totalidad de las materias correspondientes a la situación académica que se exige. "Pero respecto a dicha aprobación, aquella constancia guardó silencio, lo cual debió llevar a dar por no acreditado el requisito de la terminación de estudios y, consecuentemente, a negar su inscripción. Para concluir que el acto acusado debe ser declarado nulo, no se requiere averiguar si hubo fraude o si la constancia es falsa, porque en los términos en que se expidió no era para dar por demostrada la terminación de los estudios exigidos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente : Doctor Joaquín Barreto Ruiz

Referencia: Expediente No 930-5448 Autoridades Nacionales. Actor: Eduardo Meléndez Ramírez (Director General de Aduanas).

El señor EDUARDO MELENDEZ RAMIREZ, - en su condición de ciudadano colombiano y de Director General de Aduanas, mediante apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad, para que sea declarado nulo el artículo 1o. de la Resolución 325 del 20 de abril de 1972, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en cuanto inscribe en el escalafón de la carrera administrativa al señor JAIRO IGNACIO GOMEZ AFANADOR como Inspector General de Aduanas III-23 de la Dirección General de Aduanas.

En los hechos de la demanda se relata lo sucedido desde la solicitud del demandado Jairo Ignacio Gómez Afanador dirigida al Departamento Administrativo mencionado para que fuera inscrito en la carrera administrativa en período de prueba, hasta la culminación del trámite con su inscripción en el escalafón; se destaca que dicho funcionario obtuvo esta inscripción sin demostrar que previamente había obtenido título en economía, en administración o en derecho, o, que en su defecto, había terminado estudios, o sea, que había cursado y aprobado todos los programas académicos o materias correspondientes a una de esas carreras profesionales y, que además, había realizado y aprobado un curso de especialización en Comercio Exterior u otro curso específico. En lo pertinente, respecto a los estudios universitarios, se afirma que el demandado Gómez Afanador presentó un certificado en el que constaba que había cursado los cinco años de Derecho y Ciencias Políticas en una Universidad de Bogotá; pero que la verdadera situación académica del inscrito fue certificada posteriormente, en el sentido de que el único curso aprobado fue el primero y que del segundo al quinto, había materias pendientes de aprobación.

En el capítulo de las normas violadas se indicaron los artículos 42, inciso segundo, del decreto extraordinario 3074 del mismo año; 9o., inciso segundo del decreto 342 de 1970; 1o. del decreto 2269 de 1971, aprobatorio de la Resolución 657 del 25 de Octubre del mismo año del Departamento Administrativo del Servicio Civil y los artículos 174 y 260 del C. de P. C.

La transgresión de las normas estriba, según la demanda, en que el acto acusado inscribió al demandado en el escalafón de la carrera administrativa como si hubiera cumplido los requisitos en ellas establecidos, concretamente la exigencia de haber terminado estudios universitarios en alguna de las disciplinas arriba enunciadas, contenida en el Resolución 657 aludida.

Reconstrucción procesal.

Como el expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de Noviembre de 1985, la parte demandante obtuvo su reconstrucción.

Defensa del demandado.

Alega que como el acto acusado creó una situación jurídica individual de la cual es titular, no podrá ser revocado sin consentimiento expreso y escrito, por lo cual existe ilegitimidad de la personería para demandar y adelantar el proceso; que como el acto acusado es creador de una situación jurídica individual, se ejercita la acción de plena jurisdicción que tiene una caducidad de 4 meses conforme al artículo 83 de la Ley 167 de 1941, caducidad que se configuró y por tanto el demandante no tenía derecho para iniciar la acción; que no se trata de una acción de nulidad porque no se refiere a un acto objetivo y general; que el demandado jamas afirmó "que hubiese terminado su carrera de derecho de manera total, o sea, que no debiese algunas asignaturas o exámenes, o que se hubiere graduado. Sino que cursó los años reglamentarios en la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia." (fls. 106 a 110).

La vista Fiscal.

Considera el Ministerio Público que como el demandado" logró ser inscrito con un título falso y debido a ese documento fraudulento el Departamento Administrativo del Servicio Civil violó normas superiores, lo normal y jurídico, es que se anule la resolución demandada." (fl. 174).

CONSIDERACIONES :

1. Si prospera esta acción, se declararía *nula* la resolución acusada en cuanto inscribió al demandado. Por ello, como no se trataría de revocarla, es intrascendente el alegato de dicha parte, en el sentido de que para tal revocación se requeriría su consentimiento expreso y escrito, por la potísima razón de que la declaración de nulidad de un acto administrativo, se efectúa mediante un pronunciamiento judicial, previa la verificación de la existencia de una de las causales de nulidad establecidas en la Ley, para lo cual no se requiere el consentimiento del titular de la situación jurídica concreta que se hubiere creado.

De ahí, que además, no exista la ilegitimidad de la personería para demandar, planteada por el demandado.

2. Tampoco le asiste razón cuando considera que por tratarse de un acto particular, la acción que ejerce el actor es la de plena jurisdicción,

como se denominaba cuando se presentó la demanda la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debido a que tal criterio corresponde a la rectificada jurisprudencia de esta Corporación que sostenía que la única acción que procedía contra los actos particulares era esa y la de nulidad contra los actos generales y objetivos. Basta leer la sentencia del 10 de Agosto de 1961 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para corroborar lo dicho. (Anales, tomo LXIII, pág, 200).

Por la misma razón, no acierta el demandado cuando plantea la caducidad de la acción de nulidad aquí propuesta.

3. Respecto del fondo del asunto, observa la Sala que con arreglo a las previsiones del artículo 9o. del decreto 342 de 1970 se requería para ser inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, entre otros requisitos, reunir las calidades exigidas para el desempeño del cargo en el "Manual de Clasificación de empleos" elaborado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil y a falta de éste, los que determine el Consejo Superior del Servicio Civil".

Ahora bien, para la fecha en que se inscribió al demandado en el mencionado escalafón, la resolución 657 de 1971 de dicho Departamento Administrativo, aprobada por el Decreto 2269 de 1971, exigía como parte de los requisitos mínimos para desempeñar el cargo de Inspector General de Aduanas, haber terminado estudios superiores en Administración, Derecho o Economía y curso específico (fls. 25 y 26).

La constancia del Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia (fl. 16) que el demandante aportó para su inscripción, dice que "cursó los cinco años de Derecho y Ciencias Políticas."

En relación con el requisito "Terminación de estudios" la misma Resolución 657, establece: "Se refiere a haber cursado y aprobado la totalidad de las materias correspondientes a la situación académica que se exige." Pero respecto a dicha aprobación, aquella constancia guardó silencio, lo cual debió llevar a dar por no acreditado el requisito de la terminación de estudios y, consecuentemente, a negar su inscripción.

En este proceso se acreditó, además (fls. 27 y 32), que años después el demandado tenía aún pendientes de aprobación materias del segundo al quinto año. Luego salta a la vista que el aludido exfuncionario no cumplía con tales exigencias mínimas.

Por manera que para concluir que el acto acusado debe ser declarado nulo, no se requiere averiguar si hubo fraude o si la constancia es falsa, porque en los términos en que se expidió no era suficiente para dar por demostrada la terminación de los estudios exigidos.

Por ende, la Sala declarará la nulidad solicitada en la demanda.

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

FALLA:

DECLARASE que es nula la Resolución número 325 del 20 de Abril de 1972, proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, pero únicamente en cuanto por ella se inscribió en el escalafón de la carrera administrativa al señor JAIRO IGNACIO GOMEZ AFANADOR, como Inspector General de Aduanas.

Cópiese, notifíquese y archívese.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada del día 8 de Julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, *Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez; *Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Guillermo López Guerra,* Conjuez.

DEMANDA - Ineptitud / **ACTO. COMPLEJO** - Inexistencia / **DEMANDA** - Requisitos /**DETERMINACION DEL ACTO**

Se expidió por el instituto demandado la resolución que declaró vacante un cargo por abandono de su titular; el acto acusado se revocó oficiosamente con posterioridad, y sin embargo, el demandante solo impetró la nulidad de la última. La revocación de la resolución, no ocurrió como consecuencia de recurso alguno en la vía gubernativa, como para que pudiera pensarse que para la viabilidad de la acción era suficiente la solicitud de nulidad del acto revocante y que la administración produjo la segunda solo porque estimó que había presentado un nuevo hecho, de todo lo cual concluye la Sala que se trata de dos actos administrativos independientes, aunque vigente el último y revocado el primero.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: Doctor: Joaquín Barreto Ruiz

Referencia: Expediente No. 4900. Autoridades Nacionales. Actor : Jaime Alfonso Ramírez Ustariz.

1°. Se le reconoce personería al abogado Dorian Francisco Fuentes Molina como apoderado del demandante JAIME ALFONSO RAMIREZ USTARIZ.

2°. Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de Enero de 1990 que le negó las pretensiones por él impetradas, entre ellas la de nulidad de la Resolución 944 expedida el 30 de Mayo de 1989 por el Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Departamento mencionado, por medio de la cual, además de revocar la resolución 917 del mismo mes, declaró vacante su cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales.

En los hechos de la demanda se afirmó que un Juzgado de Instrucción Criminal solicitó a la parte demandada suspender provisionalmente al actor en el ejercicio del cargo mencionado, con el fin de hacer efectiva una medida de aseguramiento, solicitud que se cumplió con la expedición de la Resolución 276 del 18 de Marzo de 1986, habiendo laborado el actor hasta el 31 siguiente; que el juzgado penal del conocimiento profirió sentencia absolutoria el 25 de Noviembre de 1988, la que al ser consultada con el Tribunal Superior de Valledupar fue confirmada el 14 de Marzo de 1989; que el 22 de Mayo siguiente el Juzgado Penal del conocimiento comunicó a la demandada que el actor había sido absuelto y que por lo tanto habían cesado las razones que motivaron la solicitud de suspensión; que la Gerencia Seccional del Cesar del Instituto demandado, antes de recibir el oficio del juzgado, dictó la Resolución 917 de 22 de Mayo de 1989 declarando vacante el cargo que desempeña el actor, por abandono del mismo, "fundamentada en el conocimiento misterioso de que la sentencia absolutoria había quedado ejecutoriada el 24 de Abril anterior", y en razón de que éste no se había presentado a laborar desde el 25 de Abril; que dicha gerencia "ni por el conocimiento misterioso que tenía de la ejecutoria de la sentencia absolutoria" ni por haber recibido el oficio del juzgado, procedió a revocar la Resolución 276 que ordenó la suspensión para que se le restableciera el derecho consistente en el reintegro y pago de salarios y prestaciones y, por el contrario, el 30 de Mayo de 1989 dictó la resolución cuya nulidad se impetra y que revocó la 917 del 22 de Mayo anterior, disponiendo de nuevo la declaratoria de vacancia del cargo, pero agregándole otras motivaciones; que el 30 de Mayo siguiente el actor tuvo conocimiento de las anteriores actuaciones de la parte demandada. En el "hecho" número 8, se afirma que el actor fue desvinculado ilegalmente, pues estaba suspendido del ejercicio del cargo, no por sanción disciplinaria por un término fijo, sino por orden judicial e indefinidamente; que su reintegro al cargo debía producirse de la misma manera como fue suspendido; que la demandada debió ordenar el reintegro mediante resolución, comunicándoselo al interesado y a la persona que lo estaba reemplazando para que le entregara el despacho; que nada de eso se hizo, sino que se profirió el acto de desvinculación en forma irregular y con falsas motivaciones.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de violación se invocan los artículos 17 y 26 de la Constitución Política, 1°. de la Ley 95 de 1980, 22, 23, 58, 105, 126 y 127 del decreto 1950 de 1973 y 44, 47, 48 y 84 del C.C.A.

La vista Fiscal.

El Ministerio Público estima que la sentencia apelada debe ser confirmada porque se configuró el abandono del cargo por haber transcurrido tres días consecutivos sin asistir el demandante a su trabajo después de haber sido definida su situación penal, punto éste que él no podía desconocer.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

1. La demanda fue presentada el 14 de Julio de 1989.

2. Es incontrovertible según el acto acusado, y así lo afirma la demanda, que el 22 de Mayo de 1989 se expidió por el Instituto demandado la resolución 917 que declaró vacante el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales por abandono de su titular, Jaime Alfonso Ramírez Ustariz. Igualmente lo es, que el acto acusado la revocó oficiosamente con posterioridad, y sin embargo, el demandante sólo impetró la nulidad de la última. Lo anterior conduce inexorablemente a la circunstancia de que si prospera la nulidad del acto demandado, la primera resolución, o sea la revocada, recobraría vigencia e impediría la posibilidad de restablecer el derecho reclamado.

Obsérvese que la revocación de la Resolución 917, no ocurrió como consecuencia de recurso alguno en la vía gubernativa, como para que pudiera pensarse que para la viabilidad de la acción era suficiente la solicitud de nulidad del acto revocante y que la administración produjo la segunda solo porque estimó que se había presentado un nuevo hecho, de todo lo cual concluye la Sala que se trata de dos actos administrativos independientes, aunque vigente el último y revocado el primero.

4. Las pretensiones del actor, junto con las normas violadas y el concepto de violación y la Ley, fijan el marco de competencia dentro del cual habrá de dictar sentencia el Juez de lo Contencioso Administrativo,, así como las pretensiones y la Ley se lo fijan al Juez Civil y al del trabajo, excepción hecha para éste, que en la primera instancia puede fallar por más de lo pedido y por fuera de lo pedido.

De ahí, que el obstáculo que advierte la Sala, por no haberse solicitado la nulidad de la resolución 917, no pueda ser removido oficiosamente.

5. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará que el libelo demandatorio es inepto sustantivamente.

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, desestimatoria de las pretensiones, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de Enero de 1990 en la acción promovida por JAIME ALFONSO RAMIREZ USTARIZ. En su lugar se dispone:

DECLARASE la ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada del día 8 de julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero De Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO DE NOMBRAMIENTO/POSESION/ACTO JURIDICO- Inexistencia

La posesión no es un acto jurídico, sino el hecho de asumir unas funciones de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley, y una de las consecuencias del nombramiento, el cual, obviamente, permanece con vigor jurídico hasta cuando sea suspendido o anulado por esta jurisdicción o revocado, sustituido o declarado insubsistente o cuando pierda fuerza ejecutoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente Nº. 4914. Autoridades Nacionales. Actor: Edgar Santacruz Bolaños

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por EDGAR SANTACRUZ BOLAÑOS, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 29 de enero de 1990, por medio de la cual se le denegó, entre otras, su pretensión de nulidad de la Resolución 2930 del 29 de junio de 1988, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales que le revocó el nombramiento para ejercer el cargo de Médico Especialista.

En los hechos de la demanda se relata que el actor laboró al servicio de la entidad demandada en la ciudad de Pasto, desde el 1o. de noviembre de 1980 hasta el 14 de julio de 1988, fecha en que fue notificado del acto acusado, el cual fue expedido con fundamento en que la Procuraduría General de la Nación dispuso sancionar al demandante con destitución del empleo que desempeñaba en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", entidad ésta que dispuso la medida, inhabilitándolo, además, para el desempeño de cargos públicos por el término de un año; que el actor solicitó la nulidad de los actos expedidos por la Procuraduría y el INCORA; que invoca también con fundamento de las pretensiones de este proceso, la decisión que se tome respecto de los actos acusados de la Procuraduría e INCORA.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 26 y 61 del decreto 2400 de 1968, 25 (sic) del decreto 3074 del mismo año y 22, 45, 105 y 107 del decreto 1950 de 1973 y se explica que la ley no contempla la posibilidad de que un empleado cese en sus funciones por revocación de su nombramiento, debido a que la norma indicada del decreto 3074 no la establece; que así como no es lo mismo la insubsistencia de un nombramiento que la destitución, tampoco pueden confundirse la cesación definitiva de funciones con la revocatoria del nombramiento; que tampoco hay que confundir la vacancia de los empleos con el retiro de servicio, pues en la primera sí es posible que la revocación de un nombramiento la genere; que el artículo 45 del decreto 1950 de 1973 establece los casos en que es factible revocar un nombramiento; que el acto de nombramiento de un empleado lo habilita para tomar posesión del cargo y que una vez posesionado el empleado, permanece en él no en virtud del nombramiento sino como consecuencia de la posesión, porque el acto de nombramiento se agota con la posesión y así se derogue o revoque el nombramiento continuará al frente del cargo en virtud de la posesión; que el artículo 45 del decreto 1950 de 1973 establece los casos en que por no haberse tomado posesión del cargo se puede revocar el nombramiento, pero si el nombrado ha tomado posesión, lo que procede es la declaración de insubsistencia; que no se está discutiendo si el Director del ISS podía dar cumplimiento a la providencia que dispuso la inhabilidad del actor, sino que éste fue retirado del servicio en forma indebida, irregular, ilegal, por cuanto en lugar de declarar la insubsistencia del nombramiento se procedió a ordenar la revocación del nombramiento sin que se hubiera configurado uno de los casos previstos en el artículo 45 del decreto 1950 de 1973.

La vista Fiscal. Considera que al haber sido inhabilitado el actor para el ejercicio de cargos públicos, el ISS bien podía, con fundamento en el numeral 1 del artículo 69 del C.C.A., revocar el nombramiento de aquél, porque el acto revocado no le había conferido o creado derecho alguno.

La sentencia apelada. Consideró el Tribunal, en primer lugar, que la sentencia que él dictó respecto de los actos de la Procuraduría y del INCORA

en nada incidían respecto de este proceso porque la decisión fue inhibitoria; y que los artículos 105 y 45 del decreto 1950 de 1973, contrariamente a lo planteado por el demandante, sí gobiernan la revocatoria del nombramiento como una modalidad de separación del servicio.

CONSIDERA LA SALA:

1. Lo primero que advierte la Sala, es que no acierta la parte demandante cuando considera que el acto de nombramiento de un empleado público se agota con la posesión del cargo y que su permanencia en el servicio no depende de aquel acto, sino de ese hecho, aún en la hipótesis de que sea derogado o revocado el primero; pues, la posesión no es un acto jurídico, sino el hecho de asumir unas funciones de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley, y una de las consecuencias del nombramiento, el cual, obviamente, permanece con vigor jurídico hasta cuando sea suspendido o anulado por esta jurisdicción o revocado, sustituido o declarado insubsistente o cuando pierda fuerza ejecutoria.

2. De ahí, que resulte contradictorio el planteamiento del demandante a la luz de su propia argumentación, debido a que si fuera cierto que es la posesión la que soporta la prestación del servicio, aunque el nombramiento sea derogado o revocado, el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento, que según el actor era el procedente, sería inocuo para desvincularlo.

3. De otro lado, tampoco acierta el actor cuando sostiene que la revocatoria de un nombramiento sólo puede llevarse a cabo cuando el nombrado aún no ha tomado posesión, conforme a los mandatos del artículo 45 del decreto 1950 de 1973, no sólo porque tal normatividad no es aplicable a los servidores del ISS, sino porque, aún bajo tal estatuto el retiro del servicio, que implica la cesación en el ejercicio de funciones, se configura entre otras hipótesis por la revocatoria del nombramiento (art. 105).

4. La normatividad que invoca el actor de los decretos 2400 de 1968, 3074 del mismo año y 1950 de 1973, no es aplicable a los servidores del ISS; precisamente, porque ellos se rigen desde el 18 de julio de 1977 por las normas especiales contenidas en el decreto Ley 1651 de ese año.

5. Finalmente, respecto al otro fundamento de la demanda o sea el atinente a los resultados del proceso contencioso - administrativo invocado contra los actos de la Procuraduría y del INCORA, que según la información que sobre el particular contiene la sentencia apelada, culminó con una decisión inhibitoria (fl. 111), la Sala encuentra que por esa razón, por haberse hecho un pronunciamiento inhibitorio, tampoco tiene incidencia alguna en los resultados de este proceso.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 29 de enero de 1990 en el proceso promovido por EDGAR SANTACRUZ BOLAÑOS, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 15 de julio de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION-Imprescriptibilidad-**ACTO ADMINISTRATIVO/CADUCIDAD**

Aunque el derecho a la pensión es imprescriptible, el acto administrativo que la negó está sujeto al término de caducidad de 4 meses si se desea acudir ante esta jurisdicción, sin perjuicio de que si se deja transcurrir este lapso de tiempo, el administrado pueda luego presentarse nuevamente ante la administración y solicitar se acceda a decretar este derecho que precisamente por eso es imprescriptible. Contra esta nueva negativa, el peticionario puede acudir en demanda ante la jurisdicción contenciosa para que se anule este nuevo acto administrativo debiendo hacerlo igualmente dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente Nº. 1882 Actor :Julio Luis Jácome Roca Autoridades Nacionales

JULIO LUIS JACOME ROCA en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 614 y 5311 de 1981, y la No. 1350 de 1982 proferidas por la Caja Nacional de Previsión Social y mediante las cuales le fue negada su pensión de jubilación.

Como hechos en que fundamenta su solicitud el actor expresa que la Caja Nacional de Previsión Social le negó su pensión de jubilación en virtud de que su última vinculación laboral se efectuó con la empresa industrial y comercial del Estado "TRANSMODAL" S.A., la cual se encontraba afiliada al Instituto de los Seguros Sociales y de acuerdo con el Artículo 75 del Decreto 1848 de 1.969, la pensión debe ser reconocida por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro.

Expresa el actor, que esta disposición no le es aplicable a él, puesto que el artículo 29 de la Ley 24 de 1.947 preceptúa que los tiempos servidos sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público se acumularán y cuando el empleado haya servido por lo menos 10 años en empleos nacionales, el total de la pensión estará a cargo de la Caja de Previsión de la Nación, sin perjuicio del aporte proporcional de las otras entidades de previsión.

Agrega que además en "TRANSMODAL" S.A., solamente prestó sus servicios durante cuatro años y por lo tanto el I.S.S. no le podría conferir pensión de vejez porque no cotizó siquiera 500 semanas.

Como normas violadas cita los artículos 29 de la ley 6 de 1.945 y 1o. de la Ley 24 de 1.947.

En el expediente reconstruido de conformidad con el Decreto 3825 de 1.985, obra constancia de que la Caja Nacional de Previsión Social se opuso a las pretensiones del actor por estimar que prestó sus últimos servicios al Estado en la empresa industrial y comercial del Estado "TRANSMODAL S.A.", entidad que no estaba afiliada a Cajanal sino al I.S.S. y propuso la excepción de caducidad de la acción, con base en que la última resolución la No. 3151 de 24 de mayo de 1982 fue notificada personalmente al actor el día 13 de julio de 1982 y la demanda fue presentada solamente hasta el 7 de abril de 1983, cuando ya habían transcurrido más de 8 meses, violándose así el Artículo 83 del anterior C.C.A.

En el término de traslado para alegar de conclusión, el actor reiteró las súplicas de la demanda y la Caja Nacional de Previsión Social guardó silencio.

La Fiscal Quinta rindió concepto solicitando se acceda a las súplicas de la demanda por estimar que al actor le asiste el derecho a su pensión de jubilación. Se pronunció así la Fiscalía en uno de sus apartes:

> "Para la Fiscalía resulta indudable que la Caja Nacional de Previsión debe reconocer la pensión de jubilación al señor Julio Luis Jácome Roca, a pesar de haber cotizado al Instituto de Seguros Sociales los últimos cuatro años al servicio de Transmodal Limitada.

En efecto, la pensión de jubilación en el sector público se liquida computando los lapsos de servicios prestados en diferentes entidades oficiales, con la concurrencia de ellas, en cuotas proporcionales a la fijación del total de la obligación y pagadas por la última entidad en que haya laborado el empleado o en la Caja de Previsión respectiva, conforme a lo que dispone el Decreto 1848 de 1969, en el artículo 75."

"(...)"

"Aún más, no resulta posible que el Instituto (sic) de Seguros Sociales le reconozca y pague al demandante la pensión de jubilación, pues es obvio que con sólo cuatro años que cotizó al Seguro Social al estar trabajando en "Transmodal Ltda.", no cumplió con los requisitos exigidos en el Decreto 3041 de 1966."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA :

1) Antes de entrar a examinar la cuestión debatida en el proceso, se debe examinar en primer término la excepción de caducidad propuesta por la Caja Nacional de Previsión Social, entidad demandada.

2) De acuerdo con lo prescrito en el inciso final del artículo 83 de la Ley 167 de 1.941, norma vigente en la fecha de expedición de los actos acusados, la acción tendiente a reparar la lesión de derechos particulares prescribe al cabo de cuatro meses contados a partir de su notificación. Textualmente expresaba este artículo:

"La acción de nulidad de un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir.

Esta regla se aplica a todos los actos administrativos, sean de carácter nacional, departamental o de una intendencia o comisaría.

La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción."

3) La demanda expresa que el actor se notificó de la resolución que resolvió el recurso de apelación, señalada con el número 1350 de 24 de mayo de 1.982, el día 13 de julio de 1.982 y así se puede constatar con la fotocopia anexa al folio 24V, agotándose en esta forma la vía gubernativa.

A su vez esta misma fecha de notificación constituye el punto de partida para contar el término que tenía para impugnar los actos acusados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

4) Como la demanda fue presentada el día 7 de abril de 1983, se puede observar que la impugnación de estos actos administrativos en la vía judicial se produjo luego de que hubieran transcurrido más de los cuatro meses a que hacía referencia el artículo 83 del anterior C.C.A., asistiéndole por lo tanto razón a la Caja Nacional de Previsión Social, cuando propuso la excepción de caducidad.

5) La Sala sin embargo desea aclarar que aunque el derecho a la pensión es imprescriptible, el acto administrativo que la negó está sujeto al término de caducidad de 4 meses si se desea acudir ante esta jurisdicción, sin perjuicio de que si se deja transcurrir este lapso de tiempo, el administrado pueda luego presentarse nuevamente ante la administración y solicitar se acceda a decretar este derecho que precisamente por eso es imprescriptible. Contra esta nueva negativa, el peticionario puede acudir en demanda ante la jurisdicción contenciosa para que se anule este nuevo acto administrativo, debiendo hacerlo igualmente dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación.

6) Examinado el *sub-lite* se observa que como el actor no procedió en esta forma, y el acto acusado fue demandado con posterioridad a los cuatro meses, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Primero. DECLARASE INHIBIDO PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA NULIDAD DE LOS ACTOS ACUSADOS PROFERIDOS POR LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, POR CADUCIDAD DE LA ACCION, SEGUN DEMANDA PRESENTADA POR JULIO LUIS JACOME ROCA.

Segundo: En firme esta providencia archívese el expediente.

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente;,*Diego Younes Moreno, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Requisitos/**ACTO COMPLEJO**

La parte actora no demandó el acto complejo conformado por el Decreto acusado y por el Acuerdo No. 029 de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. Dada la integración y unidad que resulta de estos dos actos, lo adecuado era demandarlos ambos, como lo señala el Ministerio Público y lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación en tratándose de un acto complejo, como es el caso.

ACTO PRINCIPAL/ACTO COMPLEJO

Se trata evidentemente de dos actos administrativos con entidad propia y perfectamente diferenciables, que han sido expedidos por autoridades diferentes. Desde el punto de vista de su contenido, el principal de ellos viene a ser el Acuerdo ya que el Decreto se limita a impartirle aprobación. De esta forma, al demandarse solamente el Decreto, sería el caso de demostrar irregularidades en su expedición o algún vicio que al mismo pueda imputarse; en cambio, el Acuerdo se examinaría, además, en los aspectos que tienen que ver con su contenido normativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente Nº. 3629 Unica Instancia. Actor : Rosalba Inés Jaramillo Murillo.

Rosalba Inés Jaramillo Murillo en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. presentó demanda ante esta Corporación para solicitar la nulidad "de las siguientes disposiciones del DECRETO 2879 DEL 4 DE OCTUBRE DE 1985, POR MEDIO DEL CUAL EL GOBIERNO NACIONAL APRUEBA EL ACUERDO NUMERO 029 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1985, EMANADO DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS :

"ARTICULO 6° . Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse al Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($800.000) Mcte, o superior diez o más años de servicios continuos o discontinuos, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones establecidas en el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo el patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono".

ARTICULO 10° - Derogar los artículos ..... y 61, del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966....." (Anexo 1) (fl. 19).

Son fundamentos de la petición, en síntesis, los siguientes:

1. El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 consagra la pensión sanción a cargo de los patronos que sin justa causa despidan a los empleados que hayan laborado durante mas de quince años, o más de diez y menos de quince.

Mediante el Decreto 3041 de 1966, el Presidente de la República aprobó el acuerdo N° 224 de ese año del Consejo Directivo del Instituto de los Seguros Sociales, por el cual se expidió el Reglamento General del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

Los artículos 60 y 61 del Estatuto contienen varias normas al respecto y en el último se prevé que los empleados que hayan laborado diez años o más, continuos o discontinuos, y fueren despedidos sin justa causa se harán acreedores a la pensión sanción y deberán continuar cotizando al I.S.S. hasta

cumplir los requisitos para la pensión de vejez, que estará a cargo de la Institución, aunque el patrono deberá continuar pagando la pensión restringida.

2. El Congreso por Ley 12 de 1977 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los Seguros Sociales pero no con el fin de modificar la pensión sanción.

En ejercicio de tales facultades el Presidente dictó el Decreto 1650 de 1977 por el cual creó el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y lo facultó para aprobar los proyectos de ampliación de los seguros "a nuevas contingencias".

3. Por Decreto N° 2879 de 1985 el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo 029 del 26 de septiembre del mismo año, expedido por el Consejo en referencia, el cual, en desarrollo de las facultades conferidas, derogó el artículo 61 antes citado y en sustitución dispuso que la pensión de vejez sería cubierta por el Instituto, "*SIENDO DE CUENTA DEL PATRONO UNICAMENTE EL MAYOR VALOR, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía pagando el patrono*". (fl. 23).

4. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó el artículo 6° demandado y expresó que se generaban, entre varias consecuencias, la de que "*ya no se predica la coexistencia indefinida de la pensión sanción con la pensión de vejez, pues ésta subroga a aquella, siendo de cargo del patrono únicamente el excedente*". (fl. 23).

En la demanda se citan como disposiciones violadas los artículos 17 de la Constitución Política anterior, 8° de la Ley 171 de 1961 y 2°, 3°, 4° y 43 del Decreto 1650 de 1977.

Al desarrollar el concepto de la violación (fls. 26-41), dice la accionante que las disposiciones cuya nulidad solicita, desprotegen el trabajo pues, "so pretexto de ampliar la cobertura de los seguros sociales obligatorios, DEJARON INOPERANTE LA PENSION SANCIONADA CONSAGRADA EN EL ARTICULO 8° DE LA LEY 171 de 1961". (fl. 26) y que existe perfecta distinción entre la pensión de jubilación o vejez y la pensión sanción y que la pensión de vejez no cubre ésta última.

Señala, además, que las normas demandantes desprotegen el trabajo porque eliminan la naturaleza de sanción otorgada a la pensión en el artículo 8° de la Ley y fueron expedidas con desviación de las facultades que se le otorgaron al Consejo Nacional de Seguros Obligatorios.

En escrito obrante a folio 55, el apoderado del Instituto propone la excepción de Inepta Demanda "por cuanto los artículos demandados son

inexistentes, dado que el Decreto 2879 de 1985 solamente cuenta con dos artículos y no se demandó el Acuerdo N°029 de 1985 para integrar el acto complejo". (fl. 57).

Destaca, además, que, desde la expedición de la Ley 90 de 1946 que creó el Instituto, quedó definido que las prestaciones sociales a cargo de los patronos tendrían vigencia temporal mientras el seguro asumía tal riesgo, normas que fueron consagradas en los artículos 72 y 76 de la Ley y en los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo y, demandadas ante la Corte Suprema de Justicia, fueron declaradas constitucionales.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación expresa el concepto de que se impone un pronunciamiento inhibitorio, toda vez que "efectivamente, el Acuerdo N° 029 de 1985 del Consejo Directivo del I.C.S.S. y el Decreto 2879 de 1975 originario de la Presidencia de la República conforman una entidad jurídica inescindible y, como tal, debió ser demandada. Como ello no ocurrió así, la demanda deviene en inepta y, en consecuencia, debe declararse probada la excepción correspondiente". (fl. 90-91).

Agotado el trámite de Ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Asiste razón tanto al apoderado del Instituto de los Seguros Sociales como al Fiscal Cuarto del Consejo de Estado al reclamar un pronunciamiento inhibitorio respecto de las peticiones del libelo, por cuanto la parte actora no demandó el acto complejo formado por el Decreto acusado y por el Acuerdo N° 029 de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

Dada la integración y unidad que resulta de estos dos actos, lo adecuado era demandarlos ambos, como lo señala el Ministerio Público y lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación en tratándose de un acto complejo, como es el caso.

En un caso de características similares, al resolverse sobre la demanda instaurada por Martha Cristina Carvajal Molina y otro contra el Decreto 510 de 1988 por el que se aprobó un Acuerdo de los Ferrocarriles Nacionales, con ponencia de la Consejera Dra. Clara Forero de Castro, dijo la Sala:

> "El Acuerdo N° 175 del 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". (Expd. N° 3577- Sentencia del 30 de octubre de 1991).

Se trata evidentemente de dos actos administrativos con entidad propia y perfectamente diferenciables, que han sido expedidos por autoridades diferentes. Desde el punto de vista de su contenido, el principal de ellos viene a ser el Acuerdo ya que el Decreto se limita a impartirle aprobación. De esta forma, al demandarse solamente el Decreto, sería el caso de demostrar irregularidades en su expedición o algún vicio que al mismo pueda imputarse en cambio, el Acuerdo se examinaría, además, en los aspectos que tienen que ver con su contenido normativo.

Dadas estas circunstancias, resulta imperioso declarar probada la excepción propuesta.

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

FALLA:

Declárase inhibido para pronunciarse sobre el fondo de la controversia planteada por inepta demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 8 de julio de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/ ESCALAFON JUDICIAL /FUNCIONARIO JUDICIAL -Estabilidad **INSCRIPCION EN CARRERA-** Improcedencia.

De conformidad con lo dispuesto en el título III del Decreto 052 de 1987 el ingreso a la carrera judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y el escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan ascendido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, solo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 *ibídem*, tratándose de funcionarios traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos. La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no solo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad del trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente Nº. 4118 Autoridades Nacionales. Actor: Jesús Homero Duarte Arias.

Por intermedio de apoderado el ciudadano Jesús Homero Duarte Arias presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por el Consejo Seccional de la carrera judicial correspondiente a los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil, publicado el 24 de Octubre de 1988, por medio del cual se convocó a todos los interesados para que se inscribieran al concurso para la provisión de vacantes para el período constitucional que se iniciaba el 1º. de Septiembre de 1989.

En subsidio impetra la declaración de nulidad de la opción No. 1, de la primera parte de la opción No. 2 y del parágrafo único del Capítulo VIII contenido en el acto mencionado que rezan:

"OPCION 1 ' Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo'.

OPCION 2 'Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo...'

'PARAGRAFO': 'No podrá elegirse como Juez a persona con relación a la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada, al menos por una tercera parte de Miembros de ésta Corporación que, para el efecto y dado el actual número de Miembros del Tribunal, será de 5 Magistrados'. (Folio 16)

HECHOS

Como fundamento de la acción se relatan los siguientes: que los interesados en vincularse a la Carrera Judicial como Jueces de la República en los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil para el período últimamente mencionado, inscribieron sus nombres en el concurso que convocó el Consejo Seccional de la Carrera Judicial acreditando calidades y sometiéndose a las pruebas, exámenes, entrevistas y demás exigencias legales y administrativas y el haber alcanzado los porcentajes de calificación reglamentarios determinó la inscripción y el escalafonamiento de dicha carrera de los respectivos participantes, quienes, por tanto y de acuerdo con el Artículo 39 del Decreto 52 de 1987 no tenían "la obligación de inscribirse ni concursar para ser reelegidos en el propio cargo, en el período que se iniciaba el próximo 1º. de septiembre. Es decir, que por hallarse inscritos en la Carrera Judicial y debidamente escalafonados deben permanecer en el cargo para el cual fueron elegidos mientras no incurran en las causales de mala conducta que señala el estatuto." (folio 17)

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como tales se invocan: el Artículo 162 de la Constitución Política y los Artículos 1º, 3º, 5º, 23, 39, 60, 61 y 62 del Decreto No. 052 de 1987.

La infracción del precepto constitucional citado se fundamenta en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 22 de Junio de 1970, del que el accionante destaca, entre otros aspectos, el relativo a que la carrera judicial se inspira en un concepto dinámico y congruente con las necesidades de la justicia, como es la estabilidad por el eficiente cumplimiento de las labores, conciliando los intereses del servicio público con los del personal a él vinculado.

Así mismo, indica que se quebrantan las otras disposiciones invocadas porque los que superen los concursos quedan incluidos en la carrera judicial, por consiguiente, gozan de las garantías y ventajas que comporta como son la estabilidad e inamovilidad en el empleo que implica el derecho a permanecer en el cargo por el tiempo del período, el de ascenso al cargo de rango superior y el de reelección, pues el inciso 2º. del Artículo 51 dispone que dos calificaciones insatisfactorias dan lugar a la insubsistencia tratándose de empleados y si se trata de funcionarios no serán reelegidos. Consiguientemente, los funcionarios "inscritos en la carrera judicial, no están obligados a participar en el concurso para la provisión de cargos. Por consiguiente tienen derecho a su reelección para el siguiente período constitucional, siempre y cuando no se encuentren comprendidos dentro de las inhabilidades contempladas en el artículo 56 del estatuto y, además que no hayan sido calificados insatisfactoriamente por dos oportunidades." (folio 20 y 21).

Afirma el demandante que se infringió también el Artículo 23 del Decreto No. 052 de 1987, porque el Tribunal no coordinó con el Consejo Seccional de la Carrera Judicial las fechas, modalidades y bases del concurso, como allí se dispone.

Finalmente asevera que es contrario a derecho incluir en el acto acusado "una falta disciplinaria como aquella de que no podrá elegirse como Juez a la persona en la que se manifiesten reservas morales tanto en su vida pública y privada.", cuando sólo el legislador puede definir cuáles son éstas, e indica que las faltas en que puedan incurrir los funcionarios y empleados de la carrera judicial se hallan consagradas en los Artículos 60, 61 y 62 del Decreto No. 052 de 1987.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria expresa:

"... la convocatoria acusada, en cuanto a los Jueces ya inscritos en el Escalafón de la carrera judicial que aspiren a permanecer en sus cargos

deben CONCURSAR para lograr tal objetivo, quebranta, indirectamente, el artículo 162 de la Carta por cuanto éste atribuye solo al legislador la facultad para reglamentar los sistemas propios de la carrera judicial, y, directamente, al artículo 51 del Decreto 52 de 1987 (en concordancia con el art. 67 del Decreto 2400 de 1986), en cuanto éste establece para efectos de reelección o permanencia en el cargo en que se está escalafonado someterse NO a un nuevo concurso sino al resultado de las calificaciones periódicas a que se refieren los artículos 48 y s.s. *ibídem*." (folio 119)

Y concluye:

"Por lo expuesto, esta Agencia Fiscal considera que debe declararse la nulidad del término 'permanencia' consignado en la parte inicial de la convocatoria; de las opciones 1 y 2 de la convocatoria dicen 'Jueces en propiedad que aspiren a ser reelegidos' y de aquellos apartes que, directa o indirectamente, pretendan imponer la obligación de concursar a Jueces ya escalafonados que aspiren a permanecer en el cargo que están desempeñando en propiedad. Cabe admitir que la obligación de inscribirse y tomar efectivamente los cursos de capacitación si se compadece con el mandato contenido en el artículo 47 del Decreto 52 de 1987 que manda calificar no solo la calidad del trabajo sino, también 'la actualización de conocimientos' y, tales cursos, apuntan, precisamente, a satisfacer el segundo cometido."

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

CONSIDERACIONES:

Deberá dilucidar la Sala si los Jueces escalafonados en la Carrera Judicial no deben ser convocados a concurso para la provisión de los cargos que desempeñaban porque tienen derecho a la estabilidad y a ser reelegidos, salvo que hayan obtenido dos calificaciones insatisfactorias.

Al respecto se observa que de conformidad con lo dispuesto en el Título III del decreto No. 052 de 1987 el ingreso a la Carrera Judicial o el ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección por el sistema de mérito y que la calificación de servicios, entre otras cosas, determina la permanencia o retiro de él y del escalafón en carrera, lo que implica que los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que hayan ascendido a su empleo mediante tales mecanismos, no requieren para su reelección participar en un nuevo concurso, por cuanto para ello, sólo debe tenerse en cuenta la evaluación de sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 51 *Ibídem*, tratándose de funcionarios traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es un corolario obvio del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a éste, no sólo el acceso al servicio por méritos, sino la relativa inamovilidad de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está condicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido a raíz de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

La Sala expuso este criterio en fallo de 13 de Marzo de 1992, expediente No. 4361, actor: Juan Alberto Rodríguez Faccetti con ponencia del magistrado Doctor Joaquín Barreto Ruiz, que declaró la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para Jueces del Distrito Judicial de Montería publicada el 24 de Agosto de 1988, convocatoria que también disponía que los Jueces escalafonados en la carrera judicial debían concursar para la provisión de los cargos que desempeñaban.

En esa ocasión, se dijo lo siguiente:

"...el ingreso en la carrera judicial o su ascenso en ella, debe hacerse mediante el proceso de selección (art. 21 D. 52 de 1987), de donde resulta, obviamente, que un Juez escalafonado solo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso y no para los efectos de su eventual nueva elección en el cargo que desempeña. De lo contrario, como se denuncia en la demanda, si un Juez escalafonado tuviera que concursar para poder ser candidato a la elección en el cargo que desempeña, habría que concluir que dicho escalafonamiento no tendría utilidad alguna, habida cuenta que la relativa estabilidad de que gozaban los Jueces no prevenía de aquel, sino de haber sido nombrados para un período.

Consecuentemente, el Juez escalafonado que durante el servicio no haya obtenido dos calificaciones insatisfactorias - que impiden su reelección ni que esté suspendido en el escalafón como consecuencia de una de ellas (art.51 *ibídem*), tiene derecho a ser candidato y a ser considerado su nombre en primer lugar, para los efectos de la elección respecto del cargo que desempeña, sin necesidad de concursar nuevamente."

En cuanto hace al derecho del funcionario escalafonado de ser reelegido en el cargo que desempeñaba, resultan igualmente válidos los razonamientos contenidos en la sentencia citada que son del siguiente tenor:

"Pero, asunto diferente es el pretendido *derecho* a ser reelegido, alrededor del cual observa la Sala que la Ley nunca pudo establecerlo -

y de ahí la H. Corte al respecto sólo se refiera a la *vocación* a ser reelegido pues, si el procedimiento para la elección de los Jueces era mediante los votos de los integrantes del respectivo Tribunal, era imposible garantizar que un *determinado* candidato resultare favorecido con los votos suficientes de los electores, por la potísima razón de que ningún candidato tiene derecho a que los electores voten por él, ni éstos, como consecuencia de que su voto es libre y secreto, están obligados a votar por determinado candidato, ni siquiera siendo único."

No es viable declarar la nulidad del parágrafo único del Capítulo VIII de la convocatoria a concurso que reza: "No podrá elegirse como Juez a persona con relación a la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada, al menos por una tercera parte de Miembros de ésta Corporación que, para el efecto y dado el actual número de Miembros del Tribunal, será de 5 Magistrados.", toda vez que, contrariamente a lo aseverado por el demandante, no se trata de que el Consejo Seccional de la carrera judicial de los Distritos de Bucaramanga y San Gil hubiera consagrado una nueva falta disciplinaria no provista en la Ley. Se trata más bien de una causal de inegibilidad prevista en el literal 8º. del Artículo 16 del Decreto 250 de 1970, por el cual se expidió el estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público, que en efecto dispone:

"Artículo 16.- No podrán ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional ni en el Ministerio Público, a cualquier título:

8. Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública y privada compatible con la dignidad del cargo."

Finalmente cabe anotar que de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 23 del Decreto 052 de 1987 "Producida una vacante o ante la proximidad del vencimiento del período, el nominador informará inmediatamente en el primer caso y coordinará, en ambos, con los consejos, las fechas, modalidades y bases del concurso para efectos de la convocatoria."

Como se ve esta norma no se refiere con absoluta precisión al respectivo Consejo Seccional de la Carrera Judicial, sino que en forma genérica alude a *los consejos*, por lo cual y teniendo en cuenta que según el Artículo 10 del citado decreto al Consejo Superior de la Carrera Judicial corresponde fijar las políticas y programas para la convocatoria a los concursos, políticas que los Consejos Seccionales deben desarrollar conforme lo estatuye el Artículo 17 *Ibídem*, debe entenderse que el deber que impone al nominador el Artículo 23 hace referencia tanto al Consejo Superior como al Seccional respectivo.

En este orden de ideas, se tiene que el Tribunal Superior de Bucaramanga sí actuó en coordinación con uno y otro Consejo (folios 80-81 y 96 y siguientes),

pues con el Seccional se reunió para tales efectos desde el mes de Septiembre y luego en Diciembre de 1988, y en relación con el Consejo Superior, se advierte que acató plenamente sus determinaciones, ya que el acto de convocatoria acusado, según lo afirma el Presidente del Consejo Seccional de Bucaramanga y San Gil fue el segundo proyecto remitido por aquel, del cual tampoco el Consejo Seccional podía separarse, por cuanto una de sus funciones, como se dijo, es precisamente desarrollar las políticas que sobre convocatoria a concurso fija el Consejo Superior de la Carrera Judicial.

Consiguientemente, no es de recibo la impugnación que por tales razones se formula contra el acto enjuiciado.

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:

1.- Declárase nulo el acto de convocatoria a concurso de la Carrera Judicial correspondiente a los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil, expedido por el respectivo Consejo Seccional de la Carrera Judicial, para el período que se inició el 1º. de Septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes:

Capítulo V- Inscripción a concurso.

En su totalidad la "OPCION 1: Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo."

La siguiente expresión del a OPCION 2 "Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo."

2.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Ausente*; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/ ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL /ACTO PRESUNTO/ RECURSO DE REPOSICION /VIA GUBERNATIVA- Agotamiento

Conforme al artículo 40 del C.C.A., "transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa." Del texto del documento se deduce que no contiene decisión alguna pues no es un pronunciamiento expreso con relación al derecho pretendido, sino la información de que deben respetarse los turnos en orden cronológico, por lo que no haya allí una respuesta adecuada a la petición sino el aplazamiento de la decisión, con lo cual se configura el silencio de la administración. Por ser la demandada un establecimiento público del orden departamental, contra los actos proferidos por el gerente del fondo, expresos o fictos, sólo procede el recurso de reposición, que no es obligatorio para el ejercicio de la acción jurisdiccional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 4288 Autoridades Departamentales. Actor: Apolonia Rosalía Benavides de Melo.

En grado de consulta ha llegado a esta Corporación la sentencia de 13 de Abril de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

I. ANTECEDENTES

La señora Apolonia Rosalía Benavides de Melo, por medio de apoderado, solicitó a dicho Tribunal que hiciera las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.- Es nulo el acto tácito en virtud del cual el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, niega por silencio administrativo, el reconocimiento, liquidación y pago oportuno de la pensión mensual vitalicia de jubilación en favor de la señora APOLONIA ROSALIA BENAVIDES DE MELO, a que tiene derecho por reunir los requisitos legales requeridos para ello, por prestar sus servicios laborales en favor del Departamento de Nariño, en calidad de maestra, dependiente de la Secretaría de Educación Departamental y encontrarse afiliada a la entidad que se demanda.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y cancelar oportunamente la pensión de jubilación reclamada por la demandante, de conformidad con los antecedentes administrativos.

TERCERA.- Que por lo tanto, la entidad que se demanda está en la obligación ineludible de declarar la calidad de jubilación a la señora Apolonia Rosalía Benavides de Melo, incluyéndola en la nómina oficial de pensionados o jubilados y cancelándole las mesadas causadas o retroactivo de jubilación.

CUARTA.- Que se ordene a la entidad demandada a realizar la liquidación de la pensión de jubilación de conformidad con las disposiciones legales y con base en los documentos adjuntos a la petición que conforman los antecedentes administrativos y cancele el valor resultante en forma actualizada.

QUINTA.- Que la entidad administrativa demandada está en la obligación ineludible y perentoria de dar estricto cumplimiento a la sentencia proferida en este asunto dentro de los treinta días siguientes a su comunicado, de acuerdo con lo previsto por el art. 176 del C.C. y no son de recibo las posteriores tramitomanías e interpretaciones legales acomodaticias que traten de retardar dicho cumplimiento".

(folio 3 cdno. ppal.).

La parte demandante sostiene en el libelo que en el caso *sub-lite* se configuró el silencio administrativo frente a la petición de reconocimiento de

pensión vitalicia de jubilación formulada ante el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño en el mes de Febrero de 1988, reiterada el 17 de Junio del mismo año.

En lo atinente al derecho invocado, la parte actora considera que, habiendo cumplido la demandante 50 años de edad y más de 20 de servicios, debe reconocérsele la pensión; que, al no proceder de tal manera el referido fondo prestacional, desconoció lo estatuido en el artículo 1º. de la Ley 33 de 1985 que determina el derecho que tienen los funcionarios que a la fecha de vigencia de esta Ley hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, de pensionarse con 50 años de edad, en virtud de lo estatuido en el artículo 17, literal b), de la Ley 6 de 1945, legislación anterior aplicable al caso sub-judice.

II. LA SENTENCIA CONSULTADA

El *a-quo* en la sentencia consultada accedió a las súplicas de la demanda (folios 32 a 37 cdno ppal), con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

> "Con el análisis probatorio referido y la evaluación de los antecedentes administrativos le dejan la convicción a esta Sala de la demostración plena del derecho que le asiste a la demandante para que su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación tenga efectivo cumplimiento, puesto que se ha acreditado su condición de docente, el tiempo requerido por la Ley como mínimo de servicio, y la edad y la solicitud que no ha sido atendida por la entidad encargada de su diligenciamiento.
>
> De esta manera, el Fondo Prestacional del Magisterio y los Empleados de la Educación de Nariño, han incurrido en silencio administrativo negativo con su actitud frente a la demandante, que deberá suplir el Tribunal, entendiéndose como silencio administrativo negativo, el que se presenta cuando se eleva a la administración una petición y ésta no contesta, porque ha querido el legislador que la administración no enmudezca impunemente frente a las peticiones de los ciudadanos y, con base en este criterio deben tenerse en cuenta el artículo 45 de la Carta y el Decreto número 2733 de 1959, que reglamenta el derecho constitucional de petición, según éste, el recurso de reposición no es obligatorio, de manera que si una petición queda sin respuesta de la administración, como no es indispensable interponer recurso queda claro que se produce el típico silencio administrativo que faculta al interesado para promover su acción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa". (folio 35 *ibídem*).

III. LA VISTA FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo de Septiembre 28 de 1989 (folio 44 cdno. ppal), es de opinión que se confirme la sentencia consultada, por lo cual expresa:

> "En la sentencia materia de consulta, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño y por medio de la cual se reconoce el derecho de la actora a disfrutar de la pensión de jubilación, muy juiciosamente y con estricta lealtad a la evidencia procesal se llegó a la conclusión de que la actora satisface sobradamente las exigencias de Ley que la hacen acreedora a la pensión de jubilación y se fallo de conformidad. Por ello, al compartir sin reservas la decisión consultada, esta Agencia Fiscal solicita su confirmación".

Al no observarse causal de nulidad procesal que pueda invalidar la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

En el caso *sub-judice* la demanda se formuló contra el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, que de conformidad con el libelo se creó por Decreto 526 de Agosto 7 de 1986 como establecimiento público con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrito a la Gobernación de Nariño (folio 3 cdno. ppal.).

Conforme al artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, "transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa".

En el *sub-lite*, la petición de reconocimiento de la pensión de jubilación se presentó el 4 de Febrero de 1988 al gerente de la entidad demandada (folio 79 y 82 cdno. No. 2), petición que se reiteró el 17 de Junio del mismo año (folio 94 *ibídem*), y el escrito demandatorio se formuló el 20 de Octubre de 1988 (Folio 8 vuelto cdno.ppal), lo que implica que el libelo se presentó después de transcurrido el lapso de tres meses previsto en el Código Contencioso Administrativo para que la administración se pronunciara.

Asimismo, traen los autos a folio 79 del cuaderno de antecedentes administrativos la copia de un escrito fechado el 22 de Febrero de 1988, en el cual se informa a la demandante que su solicitud de pensión de jubilación sería resuelta en el término de tres años, según el decreto 526 de 1986, que establece un orden cronológico en el pago.

Visto el texto del documento, se deduce que no contiene decisión alguna pues no es un pronunciamiento expreso con relación al derecho pretendido,

sino la información de que deben respetarse en orden cronológico, por lo que no hay allí una respuesta adecuada a la petición sino el aplazamiento de la decisión, con lo cual se configura el silencio de la administración.

Por ser la demandada un establecimiento público del orden departamental, contra los actos proferidos por el gerente del fondo, expresos o fictos, sólo procede el recurso de reposición, que no es obligatorio para el ejercicio de la acción jurisdiccional.

De otro lado, la actora acreditó que prestó sus servicios en el magisterio del Departamento de Nariño durante un período superior a 20 años (folio 83, 84 y 85 cdno Nº. 2), e igualmente que el 5 de Septiembre de 1987 cumplió 50 años de edad, (folio 86 *ibídem*).

De otra parte, de los certificados de tiempo de servicios se deduce que, al entrar en vigencia la Ley 33 de Enero 29 de 1985, la demandante llevaba más de 20 años de labores, razón por la cual tiene derecho de ser pensionada en los términos previstos por la Ley 6 de 1945, por tratarse de una docente que prestó sus servicios a una entidad territorial, por lo que se impone en este asunto confirmar la sentencia consultada.

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 consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el trece (13) de Abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en el proceso incoado por la señora APOLONIA ROSALIA BENAVIDES DE MELO contra el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de Julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente*; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente*;*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

CARRERA JUDICIAL FUNCIONARIO JUDICIAL- Estabilidad

Para el momento de la desvinculación del servicio, el demandante desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Leiva dentro de un período para el cual no había sido designado, pues el nombramiento en propiedad hecho por la autoridad nominadora, se efectuó hasta la finalización del período constitucional que se había iniciado el 1o. de Septiembre de 1985; que el actor no estaba escalafonado en la carrera judicial y que no obstante el haber sido admitido para concursar no obtuvo los puntajes requeridos que obligara a la autoridad nominadora a considerar su nombre, razón por la cual no le asistía derecho alguno de estabilidad en el empleo que ocupaba; ya que de otro lado la figura de la "prórroga automática de la investidura" a que alude la parte demandante en el libelo, con base en lo estatuido en el artículo 51 del Decreto 1660 de 1978, no es aplicable en este asunto, pues tal disposición se refiere a los empleados judiciales y no a los funcionarios judiciales como es el caso del actor, que tenía esta última categoría dentro de la rama jurisdiccional, por desempeñarse como Juez de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4950. Autoridades Nacionales. Actor: Jacobo Antonio Rivera Delgado.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia del 20 de febrero de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", por medio de apoderado judicial el señor Jacobo Antonio Rivera Delgado presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño con el fin de que se declare la nulidad del Acuerdo No. 4 de 2 de Febrero de 1989, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Pasto, mediante el cual se designó como Juez Promiscuo Municipal de Leiva a la doctora Emérita del Socorro Mora I en período de prueba.

Como restablecimiento del derecho, la parte actora pidió que el demandante sea reintegrado al referido empleo, o a otro de igual o superior categoría; que se declare que no ha existido solución de continuidad en sus servicios desde el 22 de Febrero de 1989 hasta el 30 de Agosto del mismo año, en que termina el correspondiente período o hasta la fecha del reintegro efectivo, para efectos del derecho a primas, cesantías y jubilación: que se condene a la Nación a pagar los salarios dejados de percibir en el citado lapso o hasta la fecha del reintegro, mas las prestaciones no devengadas, así como a pagar los perjuicios morales originados en la "destitución" del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Leiva del Departamento de Nariño sin justificación legal (folios 2, 3 y 4 cdno.ppal).

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 2, 16, 20, 55, 63 y 158 de la Constitución Política anterior: 16, 48, 50, 51 y 115 del decreto 1660 de 1978; 1, 3, 4, 6, 21, 37, 48, 60, 61, 67 y 71 del decreto 052 de 1987; 1, 2, 3, 4, 8, 10, 13 y 18 del Acuerdo No. 16 dictado por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Expone, en síntesis, como concepto de la violación, que el acto acusado es arbitrario e injusto por haber sido desconocido el derecho adquirido del demandante a permanecer en el cargo que desempeñaba por la prórroga automática de su investidura, causándole graves perjuicios morales y económicos, pues en la práctica fue destituido sin haber sido oído y vencido en juicio disciplinario o de carácter penal; más aún, si se tiene en cuenta que el actor venció en proceso de esta última naturaleza con orden de cesar todo procedimiento, por decisión del mismo Tribunal Superior de Nariño; que por la destitución el demandante ha quedado ante la sociedad como un incompetente y como persona retirada del servicio por supuestos delitos que nunca cometió, razón por la cual presentó el escrito introductorio para que el Tribunal Administrativo de Nariño sea la corporación encargada de anular la destitución tácita que en este asunto se produjo y ordenar el resarcimiento de

los perjuicios morales y económicos, ordenando, además, el reintegro al empleo; que bajo el imperio del decreto 052 de 1987 se realizó el concurso judicial para nombrar Jueces por el período comprendido entre el 1 de Septiembre de 1987 al 30 de Agosto de 1989, por lo que de acuerdo con ese estatuto y en armonía con el artículo 26 de la Carta de 1886, artículos 94 y s.s. del decreto 250 de 1970, decreto 1660 de 1978 y demás disposiciones señaladas como infringidas, deberá resolverse el caso sub-exámine (folio 8 *ibídem*).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento en la sentencia consultada accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (folios 87 y 88 cdeno. ppal).

En la extensa providencia dictada por el *a-quo*, considera que quedó demostrado en el proceso que el actor ocupó el cargo de funcionario judicial en propiedad desde el 1 de Octubre de 1986 hasta el 31 de Agosto de 1988 y de esta última fecha al 21 de Febrero de 1989; que concursó para continuar desempeñando el citado empleo, habiendo resultado ser el único aspirante, pero que fue separado del servicio sin razón justificada hasta tal punto que fue reemplazado por una persona que no había concursado para ocupar el despacho judicial que le asignaban; que la norma violada en este asunto es el precepto constitucional consagrado en el artículo 160 mediante sus desarrollos legislativos como son entre otras disposiciones, los decretos 250 de 1970, 1660 de 1978 y 52 de 1987 en las normas específicas que se han puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos del fallo; que como ocurre en este caso, el derecho subjetivo inherente a una persona como titular es una prerrogativa tutelada por la Ley, que otorga a quien se encuentra protegido por ella cierta investidura que limita la discrecionalidad y condiciona la actuación de la autoridad nominadora; que si bien es cierto el demandante venía en el ejercicio de su empleo con el período vencido, como lo estaban sus compañeros, también lo es que esa provisionalidad obedecía al agotamiento de las etapas del concurso de la carrera judicial al cual se había sometido; que el Tribunal superior de Pasto consideró los nombres de otros funcionarios que no habían concursado para el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Leiva, y que la persona que aspiraba no obtuvo los votos necesarios para su elección; que no obstante ser obligatorio se declara desierto el concurso para proveer el empleo, ello se hizo, y no se convocó por segunda vez a quienes pretendían ser designados en él, pues únicamente ante el evento de fracasar el segundo certamen, la autoridad nominadora se hallaba facultada para nombrar libremente y sin concurso a la persona que considerara idónea; que en la forma como se procedió para la expedición del acto acusado, se advierte una clara desviación de poder; que con la exclusión del actor de la carrera judicial y del servicio, habiendo precluido el período que se inició el 1 de Septiembre de 1987, el 31 de Agosto de 1989, la decisión del *a-quo* lo protege sólo para el bienio indicado, en atención al período constitucional que rige para los jueces,

ya que el tribunal superior nombra funcionarios para un período así ellos estén inscritos en carrera judicial. Finalmente considera, que no es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales solicitados por la parte actora en el escrito introductorio (folio 67 a 68 cdno. ppal).

LA VISTA FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de Julio 9 de 1990, es de opinión de que se revoque la sentencia consultada y se nieguen las súplicas de la demanda, pues en este asunto es muy claro que el actor tuvo el carácter de Juez Promiscuo Municipal de Leiva, en propiedad, únicamente por el período constitucional comprendido entre el 1 de Septiembre de 1985 y el 31 de Agosto de 1987, por lo que para la fecha de su remoción su permanencia en el cargo era a título precario, como funcionario de libre remoción, ya que tampoco se encontraba inscrito en la carrera judicial, teniendo en cuenta que solo se inscribió para el concurso, sin aprobarlo; que sin embargo en el caso *sub-judice* el *a-quo* en una muy errada interpretación de los alcances de la figura llamada "prórroga automática de la investidura, "extendió los alcances de ella hasta una inadmisible "prórroga del período"; que tal figura legítima la investidura del empleado que no ha sido oportunamente reemplazado, amparado a los actos que profiera, pero no tiene la virtud de prorrogar períodos, ni de cubrir con la garantía de estabilidad relativa al funcionario no reelegido y no reemplazado; que aquella figura simplemente sustituye la del "empleado de facto", en verdad no muy apropiada (folio 94 y 95 cdno. ppal).

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Se trata de dislucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del acuerdo No. 4 de 2 de Febrero de 1989, expedido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de la ciudad de Pasto, mediante el cual se designó a la doctora Emérita Del Socorro Mora Insuasty, como Juez Promiscuo Municipal de Leiva en período de prueba.

Consta en el proceso que el demandante, por acuerdo No. 29 de 25 de Septiembre de 1986 de dicho tribunal, fue designado en interinidad como Juez Promiscuo Municipal del comentado municipio, habiéndose posesionado en el cargo el 1 de Octubre del mismo año (folio 11 y 12 cdno. ppal); que por acuerdo No. 07 de 12 de Marzo de 1987 se nombró al actor en propiedad en el mencionado empleo, hasta la terminación del período constitucional que se había iniciado el 1 de Septiembre de 1985; que el nombramiento fue confirmado por acuerdo No. 12 de 28 de Abril de 1987 y tomó posesión el 7 de Mayo de este año (folios 13, 14 y 15 *ibídem*); que por resolución No. 013 de 27 de

Abril de 1988 dictada por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial del Departamento de Nariño e Intendencia del Putumayo, el demandante fue admitido como aspirante para participar en el concurso de la carrera judicial para la provisión de los cargos de Jueces para el período comprendido entre Septiembre de 1987 y Agosto de 1989 (folios 8 a 12 cdno. No. 2); que por resolución No. 17 de 8 de Julio de 1988 del Tribunal se fijó la lista de resultados por riguroso orden de méritos (folios 17 a 24 *ibídem*), en la cual el demandante aparece con 19.00 puntos (folio 23) sobre una escala de 1 a 100 puntos (folio 24); que de otra parte, a folio 14 del cuaderno No. 2 aparece el actor en el listado alfabético de los aspirantes que no aprobaron el concurso al cargo de Juez Penal del Circuito del Municipio de la Unión.

Así las cosas, de conformidad con los documentos aportados al proceso, se establece que para el momento de la desvinculación del servicio, el demandante desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Leiva dentro de un período para el cual no había sido designado, pues el nombramiento en propiedad hecho por la autoridad nominadora mediante acuerdo No. 07 de 12 de Marzo de 1987, se efectuó hasta la finalización del período constitucional que se había iniciado el 1 de Septiembre de 1985; que el actor no estaba escalafonado en la carrera judicial y que no obstante el haber sido admitido para concursar, no obtuvo los puntajes requeridos que obligara a la autoridad nominadora a considerar su nombre, razón por la cual no le asistía derecho alguno a la estabilidad relativa en el empleo que ocupaba; ya que de otro lado la figura de la "prórroga automática de la investidura" a que alude la parte demandante en el libelo, con base en lo estatuido en el artículo 51 del decreto 1660 de 1978 (folio 5 cdno. ppal), no es aplicable en este asunto, pues tal disposición se refiere a los empleados judiciales y no a los funcionarios judiciales como es el caso del actor, que tenía esta última categoría dentro de la Rama Jurisdiccional, por desempeñarse como Juez de la República.

De otra parte, en lo que concierne a la desviación de poder alegada por la parte actora (folios 5, 7 y 8 ibídem), es de conocimiento que dicha causal de anulación se configura cuando la atribución de que esta investido un funcionario, se ejerce, no hacia el fin exigido por la Ley, sino en busca de logros diferentes.

Como lo ha expuesto la Sala, en tal evento la autoridad que expide el acto, tiene la competencia para dictarlo, pero ejerce la facultad no con el fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Como lo tiene establecido la jurisprudencia, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción.

Ahora bien, no está demostrado en el presente proceso que el retiro del servicio del demandante constituyera una sanción de destitución del cargo

que ocupaba como Juez Promiscuo Municipal de Leiva adoptada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de la ciudad de Pasto, como tampoco que la desvinculación fuera consecuencia de la investigación penal que se adelantaba contra el actor, la cual tuvo como resultado la cesación de todo procedimiento ordenada mediante providencia de 29 de Marzo de 1989 proferida por el citado tribunal.

Siendo independiente el ejercicio de la acción penal, de la facultad que tiene el nominador para nombrar y remover los funcionarios y empleados, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, podía proveer el empleo que ocupaba el demandante, de la manera como lo hizo, sin que para el efecto tuviera que esperar los resultados de la investigación penal que se ha mencionado.

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 proferida el 20 de Febrero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso incoado por el señor Jacobo Antonio Rivera Delgado con el fin de obtener la nulidad del acuerdo No. 4 de 2 de Febrero de 1989 dictado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

En su lugar se dispone:

NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 5 de Agosto de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

PERSONAL DOCENTE/PRESTACIONES SOCIALES/ DERECHOS ADQUIRIDOS

El decreto 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, hicieron claridad acerca de que los incrementos del 25 y 50 se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que sea dado decretarlos con posterioridad. En efecto dice el artículo 6o. decreto ley mencionado: "Los docentes que en la actualidad se encuentran devengando un porcentaje del 25 y 50 por ciento y diez años de servicio en la primera categoría de primaria, continuarían devengándolo." Por lo tanto actualmente, no puede y no debe efectuarse ese aumento invocando el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952 porque ya no existe en el ordenamiento jurídico, pues la nueva normatividad o sea, el artículo 6o., como se deriva de su lectura, dejó a salvo los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, ello sin perjuicio de que con posterioridad se hubieren producido otros aumentos. DECLARA SIN EFECTOS la suspensión provisional del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, se decidió por auto de 9 de noviembre de 1988.

SUSTRACCION DE MATERIA/SENTENCIA INHIBITORIA

Cuando el acto administrativo, general y abstracto, ha sido derogado en el lapso que media entre la presentación de la demanda y la sentencia que pone fin al proceso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dice que en estos casos debe existir pronunciamiento de fondo, porque no obstante hubieren sido derogados, por la proyección en el tiempo y en el espacio de sus efectos, pero aclara que "la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieren vigentes. Y cuando la

pretensión de una demanda de nulidad simple recaba un pronunciamiento de fondo respecto a una disposición, contenida en un acto administrativo general y abstracto que ya no tiene vida en el ordenamiento jurídico al tiempo de presentación de la demanda, como ocurre en el *sub-lite*, que cuando fue demandado el artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, ya éste había dejado de regir, había sido sustituido por otras normatividades, inclusive por una de tipo superior, dado que se haya contenido en un decreto ley (el 624 de 1980) no obstante conservara su esencia, Conclúyese, entonces, que ha habido sustracción de materia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente Nº. 917 (Acumulado No. 3502) Decretos del Gobierno Actores: Arnulfo Sánchez, Milciades Aponte Herrera.

En demanda presentada el 6 de abril de 1985, el ciudadano Arnulfo Sánchez, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó de la jurisdicción la declaratoria correspondiente respecto el artículo 10 del decreto (reglamentario) No. 1135 de 1952 y del artículo 6o. del decreto 624 de 1980, los dos expendios por el Gobierno Nacional.

Desaparecido el expediente durante los acontecimientos del Palacio de Justicia, formula el ciudadano actor el 26 de febrero de 1986, nueva demanda (folio 12) y en ella mantiene la petición sobre la declaratoria de nulidad del artículo 10 del decreto (reglamentario) 1135 de 1952, mas no la que hacía referencia al artículo 6o. del decreto 624 de 1980, por cuanto, dada la naturaleza de decreto legislativo de éste, no correspondía al Consejo de Estado el control de su legalidad.

Admitida la nueva demanda (como lo permitía el decreto extraordinario 3825 de 1985) se constituyeron en parte impugnadora los abogados Esther Elena Mercado Jarava y Gabriel Adolfo Espitia Alvarez, con argumentos que serán analizados en su oportunidad.

Por otra parte, el 18 de mayo de 1988, el señor Milciades Aponte Herrera, también en ejercicio de la acción de nulidad, demandó el mismo artículo 10 del decreto 1135 de 1952, solicitando en esta oportunidad, en

defensa del amparo del orden jurídico, la aplicación de la suspensión provisional (folios 2 y ss. exp. 3502).

Conoció de esta petición el consejero Reynaldo Arciniegas Baedecker, quien en auto de 24 de agosto de 1988, no encontró del caso decretar la suspensión provisional impetrada, por cuanto si bien la norma enjuiciada tenía el carácter de reglamentaria, su contenido no contrariaba, de manera manifiesta la ley.

Suplicada por el demandante la anterior decisión, con ponencia de la consejera Dra. Clara Forero de Castro, por medio de auto de 9 de noviembre de 1988, se suspendió provisionalmente el artículo 10 del D.R. 1135 de 1952, afirmándose que, independientemente de las dudas que pudieran surgir con respecto a la vigencia del mismo, al establecer el artículo acusado, a través de una norma reglamentaria, aumentos salariales no contemplados en la ley reglamentada, procedía la medida de la suspensión provisional, la cual se encuentra vigente en este momento procesal (folios 23 y s.s. exp.: 3502).

Por auto de 12 de mayo de 1989, el Magistrado ponente del proceso No. 917 ordenó la acumulación de los dos procesos, al encontrar que en ellos se configuraba el presupuesto de que trata el numeral No. 1o., del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, que da viabilidad a esta figura: " Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda." Se reconocieron como impugnantes del proceso promovido por Milciades Aponte Herrera a Esther Elena Mercado Jarava, Eulogio Agudelo Guevara, Olegario Mancera Céspedes, Adalberto Carvajal Salcedo, Martha Cristina Carvajal Molina, José Alberto Baquero Riveros, Jorge Humberto Valero Rodríguez, Ramiro Mejía Correa y Héctor Orlando Zambrano Sáenz.

En memorial que obra a folios 568, el señor Milciades Aponte Herrera, desiste de la acción por él instaurada (la que dio origen a la suspensión provisional de la norma demandada), petición ésta que le fue denegada por auto de 5 de febrero de 1991, con base en la jurisprudencia que al respecto ha sostenido el Consejo de Estado, según la cual dada la importancia de los intereses en juego en una acción pública de nulidad, una vez interpuesta ésta no es posible desistirla, debiendo culminar necesariamente en una sentencia.

I. DE LOS HECHOS, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Proceso No. 917.

1.1. - Los hechos, los relaciona el ciudadano Arnulfo Sánchez, en la siguiente forma:

"Primero: El Congreso de Colombia, expidió la ley 97 de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre Escalafón de Enseñanza Primaria y Prestaciones Sociales para los maestros.

Segundo: El Gobierno nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria, profirió el Decreto 1135 de 1952.

Tercero: El Gobierno nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, y en especial de las facultades extraordinarias de que fue investido por el ordinal a) del artículo 11 de la Ley 43 de 1975, expidió el decreto 128 de 20 de enero de 1977, por el cual se dicta el Estatuto de Personal Docente de Enseñanza Primaria y Secundaria a cargo de la Nación.

Cuarto: 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, prevista en el artículo 3o. de dicha ley, expidió el decreto 2277 de 14 de septiembre de 1979."

1.2. Como soporte jurídico de su pretensión, señalo como quebrantadas las normas de orden superior que a continuación se señalan:

Artículo 2, 55, 76 numeral 9., 79 inc. 2o. y 120 numeral 3o. de la anterior Constitución Política, vigente en la época;

artículos 1 al 11 de la ley 97 de 1945;

artículos 2, 3 y 14 de la ley 153 de 1967 (sic);

ley 48 de 1979;

ley 8a. de 1979;

artículos 8, 9, 10 y 82 del decreto ley 2277 de 1979;

artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

1.3. - Los cargos de violación se contraen a los siguientes aspectos:

A.- Facultad Reglamentaria.

Se analiza que, conforme al numeral 3o. del artículo 120 de la anterior Constitución, corresponde al Gobierno nacional la facultad reglamentaria, a fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, pero sin que mediante el ejercicio de tal función, pueda excederse aquélla, lo cual traería implícita una extralimitación, que daría lugar a legislar a través del reglamento.

Después de efectuar el análisis de lo que se ha entendido por la facultad reglamentaria, concluye en el sentido de que el artículo 10 del decreto 1135 de 1952, excedió el contenido de la ley 97 de 1945, por cuanto ella en ningún momento, creó ni autorizó los aumentos salariales del 25% y 50% introducidos por el reglamento, tratando así un tema no contemplado en la ley.

B.- De los efectos de la ley.

En lo tocante a este aspecto, el demandante argumenta que por cuanto el decreto 1135 de 1952 fue derogado por los decretos 128 de 1977 y 2277 de 1979, sólo tuvieron derecho al aumento allí contemplado del 25% y 50%, los maestros que reunieron los requisitos exigidos cuando entró a regir, es decir, entre el 7 de mayo de 1952 y el 20 de enero de 1977, fecha en que entró a regir el decreto extraordinario 128. Tampoco sería aplicable para los docentes escalafonados que cambien de grado.

Sin más argumentaciones sobre el tópico, insiste en la violación de los preceptos constitucionales sobre la facultad reglamentaria y en la prevalencia de los decretos 128 de 1977 y 2277 de 1979 sobre la norma acusada.

Proceso No. 3502.

1.4.- En los hechos de la demanda se hace referencia a la expedición de la ley 97 de 1945 y su decreto reglamentario 1135 de 1952, el cual al establecer en su artículo 10 un aumento de sueldo para los maestros de un 25% y 50%, después de cinco o diez años de servicio respectivamente, no sólo desbordó la potestad reglamentaria, sino que creó una situación de grave injusticia social, al permitir que los maestros disfruten de los aumentos de ley anual, que regularmente los disponen, y, además de lo que adicione la norma reglamentaria, con grave detrimento de las arcas de la Nación.

1.5. - Se citaron como normas infringidas por el decreto acusado, los artículos 76 numeral 9o., 79 inc. 2o., 120 numeral 3o. y 255 de la anterior Constitución Política, la ley 97 de 1945, arts. 1o. al 11 y ley 153 de 1887 en sus arts. 2o. 3o. y 12.

1.6. - Argumentos similares a los del proceso al que se acumula, se consignaron en el concepto de violación, haciendo relación a la limitación de la facultad reglamentaria, la cual en modo alguno permite introducir por este mecanismo, modificaciones a la ley reglamentada. Al cotejar los artículos de la ley 97 de 1945, con el artículo 10 del decreto 1135 de 1952, se deduce, en forma ostensible y manifiesta el exceso en que incurrió el reglamento, por cuanto la norma de superior jerarquía en ningún momento creó ni autorizó los aumentos del 25% y 50%, para categoría alguna de maestros, ni hizo referencia a tiempo de servicios.

Se observa adicionalmente que el decreto reglamentario no aparece firmado por el Ministerio de Hacienda, funcionario encargado de la ejecución presupuestal en lo relacionado con el régimen salarial y prestacional de los empleados docentes y del sector público. Razón de más para demostrar que el acto acusado carece de fuerza legal y, por tanto, debe ser anulado.

1.7. - En memoriales visibles a folios 181 y ss. y 364 y ss., obran los alegatos presentados, por medio de apoderado, por la Nación - Ministerio de Educación Nacional y en ellos se comparte en su integridad los planteamientos expuestos en la demandas contra el artículo 10 del decreto 1135 de 1952. Sostiene que, de la lectura de la ley 97 de 1945 fácilmente se deduce que ésta no ordenó ni autorizó aumentos salariales del 25% y del 50% para aquellos maestros que reunieron determinados requisitos de tiempo de servicio y capacitación y que, por ende, al contemplarlos así el artículo demandado, indudablemente se configuraba en él una extralimitación de la potestad reglamentaria, porque ésta no debe rebasar el texto de la ley.

Afirma que en razón de la numerosa legislación existente sobre el régimen de docentes especialmente a raíz de la expedición del decreto ley 2277 de 14 de septiembre de 1979, llamado "Nuevo Estatuto Docente", es imposible la aplicación del artículo demandado y coincide con los impugnantes en solicitar la anulación del mismo.

II. - ARGUMENTOS DE LOS OPOSITORES

2.1.- La ciudadana Esther Elena Mercado Jarava defiende el carácter de derechos adquiridos para los maestros que cumplan con los requisitos exigidos en la ley, de los porcentajes de aumentos salarial otorgados por el artículo 10 demandado, en cuanto éstos han sido reconocidos con justo título y buena fé. Se apoya en la consulta que sobre la vigencia del decreto 1135 de 1952, produjera en su tiempo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, en cuanto afirmó que los educadores tenían derecho a continuar devengando el reajuste, y el desconocimiento de éste quebrantaría principalísimos principios constitucionales y legales, tales como los artículos 17, 26 y 30 de la anterior Carta Política.

2.2. - Por su parte, el ciudadano Gabriel Adolfo Espitia Alvarez sostiene que la demanda instaurada en el *sub-lite* no puede prosperar, Como se afirmó en las respectivas demandas, la norma acusada fue derogada por los decretos 128 de 1977 y 2277 de 1979, los dos de carácter extraordinario. Es por ello que, cuando el artículo 6o. del decreto 624 de 1980 con fuerza de ley, hizo mención de los tantas veces citados porcentajes de aumento salarial (25% y 50%) elevó a la categoría de ley un derecho que ya se venía reconociendo, por lo que devino en un derecho sobre este beneficio no del ya derogado artículo 10 del decreto 1135 de 1952, sino del nuevo ordenamiento legal de 1980.

2.3.- La acción instaurada por Milciades Aponte Herrera es impugnada, de una manera conjunta por los ciudadanos Adalberto Carvajal Salcedo, María Cristina Carvajal Molina, José Alberto Baquero Riveros, Jorge Humberto Valero Rodríguez, Ramiro Mejía Correa y Héctor Orlando Zambrano Sáenz, (folio 185 y s.s expd. 3502), quienes formulan como petición principal se disponga la nulidad procesal de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda. Subsidiariamente solicitan la nulidad, también procesal del auto de 9 de noviembre de 1988, que suspendió provisionalmente el artículo del decreto 1135 de 1952 y con respecto a la decisión final, propugnan un fallo inhibitorio por sustracción de materia.

Afirman los oponentes que el artículo 6o. del decreto 624 de 1980, con fuerza de ley, contempló el mismo derecho a que hacía referencia la norma acusada, la cual fue así subrogada en su totalidad por esta norma que se encuentra vigente en la actualidad. Sin embargo, la suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado en auto de 9 de noviembre de 1988, ha traído gravísimos perjuicios a los educadores, originados todos en una demanda de nulidad que no debió ser admitida, por referirse a una norma que no se encontraba vigente.

III. - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

3.1. Debido tal vez a las numerosas actuaciones que se han surtido en este proceso, obran en los autos dos conceptos de fondo emitidos por la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, ambos con respecto a la acción instaurada por Arnulfo Sánchez, expediente No. 917. En el primero de ellos (folios 110 y 111), de fecha 29 de agosto de 1988, la Fiscalía, con breves argumentos, considera que debe accederse a las súplicas de la demanda. Posteriormente, el 5 de julio de 1990, emite un nuevo concepto, adhiriendo a los argumentos de algunos de los impugnantes, que sostienen que, por cuanto la norma acusada ya no se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico, no debe existir un pronunciamiento de la jurisdicción, por sustracción de materia.

Llegado el momento de decidir y no observándose vicio alguno que afecte el proceso, para resolver,

SE CONSIDERA

1.- Según se deriva de los expedientes que tiene ahora a su vista la Sala, el asunto en estudio reviste capital importancia, porque en torno al mismo se han surtido numerosas actuaciones, tales como un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia acerca de la exequibilidad del decreto-ley 624 de 1980 que, equivocadamente, fue demandado inicialmente por uno de los actores que figuran en el caso *sub-lite*; como el concepto emitido por la Sala

de Consulta y Servicio Civil de esta corporación; como de numerosísimos juzgados laborales del país, así como las numerosas y prolijas impugnaciones contra las dos demandas que en este momento ocupa a la Sala. Todas estas circunstancias serán tenidas en cuenta en el desarrollo de estos análisis; ya sobre algunos de ellos se ha hecho referencia en la parte introductoria de esta providencia.

2.- Previo el examen de la cuestión de fondo que se invoca en los libelos, el cual versa sobre el tema de la facultad reglamentaria, tanto respecto a su campo de acción como al de sus limitaciones, debe establecerse, con todo rigor, si el decreto reglamentario 1135 de 1952, en su art. 10, excedió esta facultad constitucional al reglamentar la ley 97 de 1945, debe la Sala adoptar una posición ante el hecho jurídico que señala uno de los demandantes y recalcan varios de los impugnadores, o sea, acerca de si la norma acusada ya estaba derogada antes de entablarse las presentes acciones de nulidad simple. La Sala hará, como cuestión de método, un recuento de la normatividad sobre la cuestión docente en el país, producida durante el lapso que va entre la ley 97 de 1945 (24 de diciembre) -que el decreto reglamentario 1135 de 1952 parece reglamentar y la época de la primera demanda que ha dado origen a este proceso. Se tiene entonces:

a) Por la mencionada ley 97 de 1945 (24 de diciembre) fueron dictadas algunas disposiciones atinentes al escalafón docente en la enseñanza primaria y a prestaciones sociales para los maestros, y marcó el procedimiento administrativo a seguir en lo que atañe a la promoción de escalafón a los docentes. Además, esas normas legales cobijaron, igualmente, a otros empleados, no docentes, del sector educativo (fol. 158).

b) En desarrollo de la ley anterior, como es usual, se expidieron algunos decretos reglamentarios, los cuales fueron, posteriormente, sustituidos por el decreto 1135 de 1952, y en él, en ejercicio de la facultad reglamentaria, el Gobierno nacional reguló todo lo relacionado, según dice, con las diversas categorías del escalafón de los maestros y el modo para lograr el ascenso de categoría, amén de las causales y el procedimiento a emplear para excluir a los maestros de dicho escalafón. En ese decreto 1135 de 1952 se halla el artículo 10, norma acusada, el cual se transcribe para mayor inteligencia del tema:

> "Los Maestros que hayan cumplido cinco años de servicio en Primera Categoría en escuelas oficiales y que se sometan a examen de capacitación pedagógica y obtengan en él un puntaje no menor del 80%, adquieren el derecho a un aumento del 25% del sueldo que devengan mensualmente; y los que cumplieren en la misma categoría diez años de servicio en escuelas oficiales, a un aumento del 50% de su sueldo mensual."

c) En 1972 fueron expedidos varios decretos sobre el tópico y, en el No. 223 fueron sustituídas todas las normas que trataban sobre los docentes; sin embargo, de una manera extraña, fueron "suspendidos" por la propia administración los decretos anteriores a él y dejó nuevamente en vigencia -reviviéndolo, por así decirlo- el decreto 1135 de 1952 tantas veces mencionado, igual que las demás normas sobre escalafón de enseñanza primaria y secundaria.

d) Con la expedición del decreto 128 de 1977, proferido con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la ley 43 de 1975 (la que "nacionalizó" la educación), se estableció un nuevo estatuto para el personal docente y se dio de paso, y de esta suerte, la primera regulación total respecto a la materia, al tenor de la mención expresa en su art. 52, que afirma sustituir en su integridad las normas sobre docentes. Tan transcendental es esto último que hace pensar al ciudadano-actor Arnulfo Sánchez que

> "... El artículo 10 del decreto 1135 de 1952 sólo fue aplicable durante su vigencia, es decir, hasta el 20 de enero de 1977, fecha en que entró a regir el decreto extraordinario 128, el cual fue derogado expresamente por el actual estatuto docente, el decreto número 2277 de 1979." (subrayas fuera del texto; ver fol. 7 del libelo demandatorio de Arnulfo Sánchez).

En otras palabras, este demandante sienta y anota la circunstancia de que al tiempo de presentación de su demanda ya no estaba en vigencia el art. 10 del decreto 1135 de 1952 cuya nulidad busca que se declare por el Consejo de Estado.

e) Por la ley 8 de 1979 fueron otorgadas nuevamente facultades extraordinarias al presidente de la república quien, en tal virtud, dictó el decreto-ley 2277 de ese mismo año, y en su art. 1o. expresó:

> "El régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional".
>
> Hubo, además, derogatoria expresa del decretro-ley 128 de 1977.

f) Posteriormente, en 1980, fue expedido el decreto-ley 624 de ese año, también dictado en uso de facultades extraordinarias, y se refirió a los docentes *que en ese momento se hallaban devengando* los porcentajes del 25% y del 50% por cinco (5) y diez (10) años de servicio, para decir que "*continuarán devengándolo*", y en el decreto reglamentario de dicho decreto-ley, distinguido con el No. 2214 de 1980, estableció los procedimientos para liquidar esos porcentajes *respecto a aquellos docentes que hubieren adquirido el derecho y que se les hubiere reconocido*, CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL DECRETO 624 que se ha venido comentando en este acápite.

3.- El anterior recuento normativo permite a la sala decir que el decreto-ley 624 de 1980 y su decreto reglamentario 2214 del mismo año, hicieron claridad acerca de que los incrementos del 25% y el 50% se continuarían pagando únicamente a los docentes que venían devengándolos, sin que sea dado decretarlos con posterioridad. En efecto, dice el art. 6o. del decreto-ley mencionado: "Los docentes que en la *actualidad* se encuentran devengando un porcentaje del 25% y del 50% por cinco y diez años de servicio en la primera categoría de primaria, continuarán *devengándolo*." (Subrayas de la Sala). Por lo tanto, actualmente no puede y no debe efectuarse ese aumento invocando el art. 10 del decreto 1135 de 1952 porque ya no existe en el ordenamiento jurídico, pues la nueva normatividad o sea el art. 6o. transcrito, como se deriva de su lectura, dejó a salvo los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, ello sin perjuicio de que con posterioridad se hubieren producido otros aumentos, lo cual, por razones obvias, no es materia de este proceso.

4.- Qué ocurre entonces -se pregunta la Sala- cuando la pretensión de una demanda de nulidad simple recaba un pronunciamiento de fondo respecto a una disposición, contenida en un acto administrativo general y abstracto, que ya no tiene vida en el ordenamiento jurídico al tiempo de presentación de esa demanda?

El Consejo de Estado ha abordado este aspecto y también lo que ocurre cuando el acto administrativo demandado, general y abstracto, ha sido derogado en el lapso que media entre la presentación de la demanda y la sentencia que pone fin al proceso. En este evento, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 14 de enero de 1991 (exp. s-157, consejero ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla), se orientó por la necesidad de que en estos casos debe existir pronunciamiento de fondo, porque, no obstante hubieren sido derogados, por la proyección en el tiempo y en el espacio de sus efectos, pero aclara que "la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieran vigentes." (Extractos de Jurisprudencias. - Tomo XI, págs. 53 y ss.).

Pero en el caso *sub-lite* ocurre que cuando fue demandado el art. 10 del decreto 1135 de 1952, ya éste había dejado de regir. Había sido sustituido por otras normatividades, inclusive por una de tipo superior, dado que se halla contenida en un decreto-ley (el 624 de 1980) no obstante conservará su esencia.

Conclúyese, entonces, que ha habido sustracción de materia y, debido a ello, se impone la dictación de fallo inhibitorio.

5.- Es pertinente recalcar una vez más, a fin de que quede claro, que el derecho al reconocimiento de los porcentajes del 25% y del 50% fue consolidado en virtud del art. 6o. del decreto-ley 624 de 1980, *pero sólo para quienes ya disfrutaban del mismo*. Su constitucionalidad, por otra parte, ya

fue objeto de análisis por la Corte Suprema de Justicia. De allí, pues, que cualquier pronunciamiento acerca de la norma administrativa (reglamentaria), en lo que atañe a su legalidad o ilegalidad, sería totalmente inoperante, máxime por tratarse de asuntos de carácter laboral.

6.- Finalmente, ha de hacer mención la Sala a la suspensión provisional que, en .lo tocante al art. 10 del decreto 1135 de 1952, se dispuso por auto de 9 de noviembre de 1988. Para ser consecuente con la determinación que habrá de tomarse en la parte resolutiva de este fallo, es apenas obvio que esta medida queda sin efectos, aunque, en la práctica nunca los tuvo.

Los anteriores razonamientos llevan a la Sala a la indefectible conclusión de que en el presente caso no puede haber pronunciamiento de fondo de parte de la jurisdicción, como ya se ha dicho, por sustracción de materia.

A 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: Inhíbese de desatar las pretensiones de las demandas instauradas por los ciudadanos Arnulfo Sánchez y Milciades Aponte Herrera, contra el artículo 10 del decreto 1135 de 1952, por sustracción de materia.

SEGUNDO: Queda sin efectos la suspensión provisional que de la disposición demandada, se decidió por auto de 9 de noviembre de 1988.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A QUIENES CORRESPONDA Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Salva Voto, *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: DECLARA SIN EFECTOS la suspensión provisional del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, la cual se decidió por auto de 9 de noviembre de 1988. El salvamento de Voto de la doctora CLARA FORERO DE CASTRO refiere lo siguiente: No habiendo derogatoria expresa del artículo 10 del Decreto 1135 de 1952, ha debido proferirse fallo de fondo anulándolo, puesto que mediante decreto reglamentario no era jurídicamente procedente ordenar reajustes salariales como lo hizo la norma demandada.

DEMANDA-Ineptitud/**DEMANDA**-Requisitos/**INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/ACTO COMPLEJO**-Inexistencia

Cuando el acto definitivo hubiera sido objeto de recursos por la vía gubernativa, debía impugnarse toda la unidad compleja, compuesta por el acto inicial y por los que contenían definiciones de los recursos interpuestos. Se afirmó que solo de esta forma se cumplía la exigencia de la individualización del acto impugnado contenido en el artículo 85 del C.C.A., que no se podía demandar separadamente el acto administrativo inicial cuando éste hubiera sido recurrido porque la voluntad administrativa se completaba con el pronunciamiento del recurso. La tesis anterior ha sido reafirmada con la expedición del Decreto 2304 de 1989 que en su artículo 24, reformatorio del artículo 138 del C.C.A., establece la obligatoriedad de demandar también, las decisiones que modifiquen o confirmen el acto definitivo, si este fue objeto de recursos en la vía gubernativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magisttrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 1770 Autoridades Nacionales (Reconstrucción Dcto. 3825/85). Actor :Virginia Lentino de Acuña.

Reconstruido el expediente que se destruyó durante los hechos del Palacio de Justicia de Bogotá, ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985, y

cursando el trámite ordenado en el decreto extraordinario 3825 de 1985, la Sala entra a decidir sobre la demanda a través de apoderado, por la señora VIRGINIA LENTINO DE ACUÑA.

Impetró el libelo la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 03808 de 18 de septiembre de 1981 emanada de la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM", que negó el reconocimiento y pago de la indemnización por enfermedad de trabajo, y que, de igual manera, la entidad demandada deberá reconocerle a la actora "todos los suplementos salariales y prestacionales legales y extralegales causados entre la fecha en la cual se negó su derecho a la indemnización hasta cuando esta se produzca."

Como hechos en que basa su acción, narra la demandante que desempeño el cargo de telefonista nacional en la empresa "TELECOM" desde el año de 1959; que en el desarrollo de su trabajo y como consecuencia de él, contrajo una infección auditiva en el oído izquierdo que a su vez le produjo Hipoacusia, y que de acuerdo con el examen ordenado por la sub-gerencia médica de la institución en el diagnóstico emitido por el respectivo profesional se habla de una posible simulación, que en las audiometrías practicadas no se puede determinarla "Hipoacusia" y que la otitis que se le diagnosticó no tiene relación con su trabajo, situaciones estas, que, según el actor, son totalmente contrarias al concepto emitido por el doctor Gustavo Calderón, en cuyo diagnóstico determina que la actora padece de "Hipoacusia".

Estima la demandante que el acto acusado quebranta los artículos 22, 23, 24 del decreto 3135 de 1968, así como las demás normas concordantes y aplicables, aduciendo, para ello, que el estado patológico le sobrevino por el uso continuo del audífono y que el patrono "no tuvo la responsabilidad necesaria para el cuidado y protección de sus empleados". Y concluye reiterando su solicitud de condena a la demandada por considerar que su retiro obedeció a una enfermedad profesional y no a un "accidente de trabajo, figura que no se encuadra dentro de las realidades procesales."

Mediante auto de 10 de julio de 1987 (fl. 23), que tuvo por reconstruido el proceso, se dijo:

"1.-Tiénese por reconstruido el proceso promovido por VIRGINIA LENTINO ACUÑA.

"2. Tiénense por auténticos los documentos que obran en el expediente.

"3. Líbrese oficio a la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo para que envíe copia auténtica del dictamen médico que debió rendirse y a que se refiere el oficio 551-MJ de folio 15.

". Líbrese oficio al Instituto de Medicina Legal para que remita copia de la contestación al oficio No. 2662 de folio 14.

"5. Declárase que el proceso se encuentra en la etapa probatoria."

Solicitadas las pruebas de que habla el auto anterior, se allegaron al proceso las siguientes: Fotocopia del estudio realizado por la sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el cual se dictamina que la señora Virginia Lentino de Acuña "presenta una hipoacusia mixta mediana bilateral la cual se hace más acentuada hacia la izquierda. Dicha afección se puede dictaminar que es definitiva y no precisa de tratamiento quirúrgico ni médico y le incapacita de una manera total para continuar realizando sus actividades laborales, y una disminución del ochenta y cinco por ciento (85%) (fl. 28).

A su turno, el Instituto de Medicina Legal por oficio No. 88-732 A, manifiesta que en sus archivos no aparece tarjeta de kardex correspondiente a la citada señora Acuña, ante lo cual, a solicitud del demandante, mediante auto de 2 de junio de 1989 se ordenó que por el Instituto de Medicina Legal se practique a la demandante una Audiometría y se determine si padece Hipoacusia, además de otitis como consecuencia del uso de audífonos, a lo anterior contestó el Instituto de Medicina Legal, manifestando que por no tener entre su personal pericial un Otorrinolaringólogo, ni equipo de audiometría por lo que no se podía practicar el examen a la paciente.

Por auto de 20 de octubre de 1989 se corrió traslado a las partes para que alegaran por escrito, y no lo hicieron.

La Agencia Quinta del Ministerio Público ante el Consejo de Estado, al descorrer el traslado de ley, expuso el siguiente criterio.

"Contra la resolución impugnada procedían los recursos de reposición y de apelación (folio 7), los que fueron interpuestos por la actora (folios 8 y 9), y, resueltos mediante las resoluciones números 4255 de 6 de septiembre de 1982 y 0044 de 30 de diciembre de 1982 emanadas de la gerencia y junta directiva de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, respectivamente (folios 9. 10, y 11). Sin embargo el libelista no demandó la nulidad de estas dos resoluciones (4255 y 0044), Al respecto ha sido constante y reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que es necesario solicitar expresamente la nulidad de todos los actos proferidos durante la actuación administrativa, so pena de considerar inepta la demanda.

"Así las cosas esta Agencia Fiscal estima que el asunto *sub-judice* no es apto para un estudio de mérito, debiéndose, por ello, proferir decisión inhibitoria."

De tal manera que no encontrándose vicio alguno que incida en la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Se decide en este asunto la demanda de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 3808 de 18 de septiembre de 1981, emanada en la Caja de Previsión Social de Comunicación. Se tiene en autos que el procedimiento administrativo, con el objeto de agotar la vía gubernativa, se interpusieron contra el acto demandado, los recursos de reposición y de apelación, los cuales no son objeto de esta demanda, por no haber sido impugnados por el actor.

Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda estaba vigente la Ley 167 de 1941 que en su artículo 85 preceptuba: "si la acción intentada es la nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión" y en el artículo 82 establecía que para ocurrir a lo contencioso administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

En este sentido, el Consejo de Estado en innúmeras jurisprudencias ha sostenido que cuando el acto definitivo hubiera sido objeto recursos por la vía gubernativa, debía impugnarse toda la unidad compleja, compuesta por el acto inicial y por los que contenían definiciones de los recursos interpuestos. Se afirmó que sólo de esta forma se cumplía la exigencia de la individualización del acto impugnado contenida en el artículo 85 citado: que no se podía demandar separadamente el acto administrativo inicial cuando éste hubiera sido recurrido, porque la voluntad administrativa se completaba con el pronunciamiento del recurso.

La tesis anterior ha sido reafirmada con la expedición del decreto 2304 de 1989 que en su artículo 24, reformatorio del artículo 138 del C.C.A., establece la obligatoriedad de demandar también, las decisiones que modifiquen o confirmen el acto definitivo, si éste fue objeto de recursos en la vía gubernativa.

Por manera, que no estando, en el caso *sub-judice*, plenamente individualizado el acto demandado, por no haberse solicitado la nulidad de todos los actos expedidos dentro del procedimiento administrativo, estima la Sala que debe abstenerse de pronunciarse sobre el fondo del asunto, como en efecto se hará.

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

FALLA:

Declárase la inhibitoria para fallar en el fondo por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. - CUMPLASE. -

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1992

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CAUCION/AMPARO DE POBREZA/MULTA

Según el artículo 163 del C. de P.C., modificado por el numeral 88 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989, los efectos del amparo de pobreza, están encaminados a exonerar al amparado de prestar cauciones procesales de pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gratos de la actuación y de no llegar a ser condenado en costas. Pero de ninguna manera el amparo comprende la exoneración del pago de multas, amén de que contra la ameritada providencia no procede recurso alguno y se halla debidamente ejecutoriada y en firme.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda- Sala de Decisión.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente N°.6276 Autoridades Departamentales. Actor: Marcelino Bello Pachón

Por auto de 1o. de abril pasado (fls. 90 a 92) se declaró no probada la recusación formulada directamente en el proceso de la referencia por el demandante Marcelino Bello Pachón contra la Magistrada, doctora Clara Forero de Castro, y se condenó al recusante a pagar una multa a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, equivalente a cinco salarios mínimos mensuales.

En escrito visible a folio 100, el apoderado del demandante, manifiesta que este elevó la recusación sin su consentimiento, y solicita a la Sala, ya que no procede recurso alguno contra el referido auto, que se tenga en cuenta que su poderdante no se encuentra trabajando desde cuando fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo que venía desempeñando en el hospital Psiquiátrico de Boyacá. Termina su escrito diciendo que lo anterior lo puede demostrar con una caución juramentada, como lo ordena la ley.

SE CONSIDERA

Al no prosperar la recusación elevada por el demandante procedió la Sala con base en los mandamientos del artículo 156 del C. de P.C., a imponer al recusante una sanción en la forma antes dicha, y a que se librara la comunicación respectiva al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, y a que se anexara copia autenticada de la providencia que desató el incidente de recusación con constancia de haber quedado en firme. En cumplimiento de esto último la Secretaría libró el oficio No. 543 de 23 de abril de 1992 (fl. 94).

Lo que pretende el apoderado del actor, sin especificarlo en su escrito, es que a éste se le conceda el amparo de pobreza y ser así exonerado de la obligación de cancelar la multa impuesta.

Según el artículo 163 del C. de .P.C., modificado por el numeral 88 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989, los efectos del amparo de pobreza, están encaminados a exonerar al amparado de prestar cauciones procesales. de pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación y de no llegar a ser condenado en costas. Pero de ninguna manera el amparo comprende la exoneración del pago de multas, como es el caso del demandante, amén de que contra la ameritada providencia no procede recurso alguno y se halla debidamente ejecutoriada y en firme, en razón de todo lo cual la Sala rechazará la petición elevada por el apoderado del demandante y dispondrá, en consecuencia, que el proceso vuelva a la Magistrada conductora del mismo para lo de su competencia.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

1.- Rechazar la petición elevada por el apoderado del actor.

2.- Ejecutoriada esta providencia vuelva el asunto al Despacho de la Magistrada, doctora Clara Forero de Castro para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El artículo 40 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) dispone que el silencio administrativo negativo se configura cuando transcurridos tres meses, contados a partir del día de la presentación de la petición, no se ha notificado decisión que la resuelva. El oficio no resuelve la petición hecha por el actor, ya que no concede ni niega el pretendido auxilio de cesantía. El alcalde simplemente se limitó a expresar: "que el Fondo de la Caja de Previsión Social Municipal carece de los recursos necesarios para el pago de dicha prestación".

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

El hecho de que el tribunal no haya adoptado decisión sobre la acción de tutela obedece a que fue propuesta como mecanismo transitorio, conjuntamente con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por está razón quedaba sujeta a la procedencia de la acción ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº 6983. Apelación Interlocutorios. Actor: Elí Rozo Morales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor Elí Rozo Morales contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de abril de 1992.

El Tribunal rechazó la demanda al considerar que el oficio No. 170 de 12 de marzo de 1991, expedido por el señor Alcalde del Municipio de Purificación - Tolima - es una respuesta a la petición de 22 de febrero de 1991 hecha por el actor sobre reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y por tanto no hubo silencio administrativo. Manifestó además, que el recurso de reposición contra el supuesto silencio administrativo "... es una forma habilidosa de revivir unos términos que precluyeron..." y por tanto cuando se presentó la demanda la acción había caducado.

El recurrente pretende se revoque la decisión del Tribunal, utilizando dos medios: Interpone el recurso de apelación, y además impugna el silencio que guardó el Tribunal sobre la acción de tutela propuesta.

Argumenta, para sustentar la apelación, que el oficio no puede tenerse como una respuesta a su petición sino como una evasiva, puesto que ni reconoce ni niega el derecho, y por consiguiente se configuró el silencio administrativo. Que por eso presentó reposición el 6 de noviembre de 1991, recurso que fue igualmente respondido con evasivas el 14 de noviembre de 1991, y por lo tanto el derecho "no ha prescrito".

Con respecto a la impugnación sostiene que nada se revolvió sobre la acción de tutela y solicita se decida y conceda como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable. Agrega que, como mecanismo transitorio, la acción de tutela puede ejercitarse conjuntamente con la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para resolver se

CONSIDERA:

El artículo 40 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) dispone que el silencio administrativo negativo se configura cuando transcurridos tres meses, contados a partir del día de la presentación de la petición, no se ha notificado decisión que la resuelva.

En el presente caso es verdad que el oficio No. 170 de 12 de marzo de 1991 no resuelve la petición hecha por el actor el 22 de febrero de 1991 (folio 3), ya que no concede ni niega el pretendido auxilio de cesantía. El Alcalde simplemente se limitó a expresar: "que el Fondo de Caja (sic) de Previsión Social Municipal carece de los recursos necesarios para el pago de dicha prestación". Se configuró por tanto, el alegado silencio, tres meses después de presentada la petición, es decir el 22 de mayo de 1991, porque la pretensión

del actor, -es decir, el reconocimiento de cesantía a que cree tener derecho, no fue resuelta. Simplemente se le informó que no podría pagársele mientras no hubiera fondos; y el derecho mismo es independiente de la disponibilidad de pago de la administración.

Para la Sala es claro entonces, que a pesar del mencionado oficio, se configuró el silencio de la administración.

Es necesario dilucidar ahora, si a pesar del silencio, que presume decisión negativa, se operó la caducidad de la acción.

El Decreto 2304 de 1989, como es sabido, modificó el Código contencioso Administrativo adoptado por el Decreto 01 de 1984. Y aun cuando fueron declarados inexequibles todos los artículos que reformaron la primera parte del Código, relacionada con actuaciones administrativas y vía gubernativa, mantiene su vigencia los demás, que modificaron algunas disposiciones contenidas en la segunda parte.

Como consecuencia de ello conforme al artículo 135 vigente, desapareció la obligación de interponer recurso por vía gubernativa contra el acto presunto resultante del silencio administrativo frente a una petición elevada a la administración.

Dice así la norma en lo pertinente:

"...

El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa".

El inciso segundo del artículo 136 del C.C.A., que señala el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prescribe:

"...Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo".

Analizando el caso concreto de autos se observa: el silencio administrativo frente a la petición presentada por el demandante a la administración el 22 de febrero de 1991 se configuró el 22 de mayo de ese mismo año. Los 4 meses de caducidad de la acción se vencieron el 23 de septiembre de 1991 y la demanda fue presentada ante el Tribunal el 16 de marzo de 1992, cuando ya estaba caducada.

De otra parte, el hecho de que el Tribunal administrativo del Tolima no haya adoptado decisión sobre la acción de tutela obedece a que fue propuesta

como mecanismo transitorio, conjuntamente con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por esa razón quedaba sujeta a la procedencia de la acción ordinaria.

Y no habiendo pronunciamiento resulta inocua la pretendida impugnación. Simplemente, si no hay decisión sobre la tutela no puede haber impugnación.

En este orden de ideas, habrá de confirmarse, aun cuando por razones diferentes, el auto recurrido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1º.- Confírmase el auto proferido el 6 de abril de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2º.- no corresponde al Consejo de Estado pronunciarse sobre la acción de tutela interpuesta como mecanismo transitorio, por no haber al respecto decisión del Tribunal Administrativo del Tolima.

3º.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión extraordinaria del día 3 de septiembre de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/ESCALAFON JUDICIAL/FUNCIONARIO JUDICIAL-Estabilidad/**INSCRIPCION EN CARRERA**-Improcedencia/ **CALIFICACION DE SERVICIOS**

Si de conformidad con lo dispuesto en el Título III del Decreto 052 de 1987 el ingreso a la cerrera judicial o su ascenso en ella deben hacerse mediante un proceso de selección, resulta obvio que un juez escalafonado en carrera solo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso dentro de la misma y no para ser reelegido en el mismo cargo que desempeña, por cuanto su reelección en el mismo cargo que desempaña, en términos del artículo 51 ibídem depende de la manera como hayan sido evaluados sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, tratándose de funcionarios, traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos. La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es una consecuencia obvia de alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a ésta, no solo el ascenso al servicio, por méritos sino la relativa estabilidad en el empleo de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está acondicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad del trabajo del funcionario calificado. Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido como consecuencia de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y un periodo de prueba en el ejercicio de las funciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº.4130 Autoridades Nacionales. Actor :René Antonio Martínez Jaime.

Por intermedio de apoderado el doctor René Martínez Jaime, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presento demanda ante el Consejo de Estado, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por el Consejo Nacional de la Carrera Judicial correspondiente a los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil, publicado el 24 de octubre de 1988, por medio de la cual se convocó a todos los interesados para que se inscribieran al concurso para la provisión de vacantes de Jueces de dichos distritos para el período constitucional que se iniciaba el 1º. de septiembre de 1989.

En subsidio impetra la declaración de nulidad de la opción 1.de la primera parte de la opción No. 2 y, del paragrafo único del capitulo VIII contenido en el acto mencionado, que rezan:

"OPCION 1" "Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo."

"OPCION 2" "Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo"

PARAGRAFO "No podrá elegirse como juez a persona con relación a la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada, al menos por una tercera parte de miembros de esta Corporación que, para efecto y dado el actual número de miembros del Tribunal, será de cinco Magistrados" (fl. 16).

Como consecuencia de la nulidad solicita se declare que no estaba obligado a inscribirse en el concurso para la provisión de vacantes para el período constitucional que comenzaba el 1o. de septiembre de 1989, por haber sido inscrito en la carrera judicial y designado en propiedad para desempeñar el cargo de Juez Séptimo Superior de Bucaramanga, en el período que se inició el 1o. de septiembre de 1987 y que terminó el 31 de agosto de 1989.

HECHOS:

Como fundamento de la acción se relatan los siguientes:

Que los interesados en vincularse a la carrera judicial como Jueces de la República en los Distritos Judiciales de Bucaramanga y de San Gil para el período constitucional mencionado últimamente, inscribieron sus nombres en el concurso que convoco el Consejo Seccional de la Carrera judicial, acreditando calidades y sometiéndose a las pruebas, exámenes, entrevistas y demás exigencias legales y administrativas, y el haber alcanzado los porcentajes de calificación reglamentarios determinó la inscripción y el escalafonamiento en dicha carrera de los participantes respectivos, quienes, por tanto y de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 052 de 1987 no tenían "la obligación de inscribirse ni concursar para ser reelegidos en el propio cargo en el período que se iniciara el próximo 1o. de septiembre. Es decir que por hallarse inscritos en la carrera judicial y debidamente escalafonados deben permanecer en el cargo para el cual fueron elegidos mientras no incurran en las causales de mala conducta que señala el estatuto" (Fl.. 18).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como tales se invocan: el artículo 162 de la Constitución Política y los artículos 1o, 3o, 5o, 23, 39, 60, 61 y 62 del Decreto No. 052 de 1987.

La infracción del precepto constitucional citado se fundamenta en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 22 de junio de 1970, del que destaca el accionante, entre otros aspectos, el relativo a que la carrera judicial se inspira en un concepto dinámico y congruente con las necesidades de la justicia, como es la estabilidad por el eficiente cumplimiento de las labores, conciliando los intereses del servicio público con los del personal a él vinculado.

Asimismo indica que se quebrantan las otras disposiciones invocadas porque quedan incluidos en la carrera judicial quienes superen los concursos y, por consiguiente, gozan de las garantías y ventajas que ella comporta como lo son la estabilidad e inamovilidad en el empleo que implican el derecho a permanecer en el cargo por el tiempo del período, el de ascenso al cargo de rango superior, y el de reelección, pues el inciso 2o. del artículo 51 IBIDEM dispone que dos calificaciones insatisfactorias dan a lugar a la insubsistencia tratándose de empleados y si se trata de funcionarios no serán reelegidos. Consiguientemente, los funcionarios inscritos en carrera "no están

obligados a participar en el concurso para la provisión de cargos por consiguiente tienen derecho a su reelección para el siguiente período constitucional, siempre y cuando no se encuentren comprendidos dentro de las inhabilidades contempladas en el artículo 1o. 56 del estatuto y, además que no hayan sido calificados insatisfactoriamente por dos oportunidades" (fl.21).

Afirma el demandante que se infringió también el artículo 23 IBIDEM, porque el Tribunal no coordinó con el Consejo Seccional de la Carrera Judicial las fechas, modalidades y bases del concurso, como allí se dispone.

Finalmente asevera que es contrario a derecho incluir en el acto acusado "una falta disciplinaria como aquella de que no podrá elegirse como Juez a la persona en la que se manifiesten reservas morales, tanto en la vida pública y privada", cuando sólo el legislador puede definir cuáles son estas,. De otra parte, indica que las faltas en que puedan incurrir los funcionarios y empleados de la carrera judicial de hallan consagradas en los artículos 60, 61 y 62 del Decreto 052 de 1987.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria expresa:

"... La permanencia de los jueces en sus respectivos cargos, a la luz del estatuto de carrera no está condicionada al vencimiento de un término cronológico dado, sino a la calificación periódica de la calidad de su trabajo y de la actualización de sus conocimientos, tal y como lo proclaman los artículos 44 y S.S., del Decreto 52 de 1987, con la clara consecuencia señalada en el art. 51, segundo inciso ibídem, a saber: "Dos calificaciones insatisfactorias darán lugar a la insubsistencia, tratándose de empleados, y si se tratara de funcionarios, NO SERA REELEGIDO". Es decir, la oportunidad para reelegir o no sigue siendo cada dos años. Y, el derecho a ser reelegido depende de las calificaciones que haya obtenido el aspirante para ello. Así las cosas, la convocatoria a los jueces en ejercicio a fin de que concreten su aspiración a ser reelegidos, comprobando, a la luz del Estatuto de Carrera, en su derecho a serlo, no quebranta precepto constitucional o legal alguno. En cada caso particular habría que establecer si los dominadores se ciñeron o no al estatuto en cita" (fl. 57).

Y continúa:

"En el sub-lite no se sabe si, con respecto al demandante, el Tribunal Superior de Bucaramanga se ajusto o no al ordenamiento jurídico en

comento y reeligió o no al actor: pues éste demandó la convocatoria en cuestión, en equivoca acción de restablecimiento del derecho, antes de saberse si su alegado derecho iba a ser vulnerado o no. Demanda extemporánea, por anticipación, es la figura, sin comprobación del daño al derecho cuyo restablecimiento se pretende, y sin que resulten validos los argumentos con apoyo en los cuales se impugna, en abstracto, la convocatoria". (fl. 57).

Por último la agencia Fiscal indica que el aparte de la convocatoria que establece la no elegibilidad de personas con relación a las cuales se manifiesten reservas morales sobre su conducta publica o privada "tampoco resulta valedera al atribuirle su establecimiento, como causal de inelegibilidad, al Consejo Seccional autor de la convocatoria, pues tal causal fue establecida por el propio legislador en el numeral 8 del artículo 16 del Decreto 250 de 1970, vigente, a todas luces" (fl. 57).

Por tales razones considera la Fiscalía cuarta que se impone un fallo inhibitorio por inepta demanda o decisión adversa a las súplicas del libelista.

Llegado el momento de proferir sentencia se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

En primer lugar deberá dilucidar la Sala lo relativo a la ineptitud de la demanda, planteada por el Ministerio Público.

La solicitud de fallo inhibitorio obedece a que según la Fiscalía el actor equivocada y anticipadamente demandó en acción de restablecimiento del derecho la convocatoria hecha por el Consejo Seccional de la carrera judicial conjuntamente con el Tribunal Superior de Bucaramanga correspondiente a los Distritos de Bucaramanga y San Gil para el concurso de jueces para el período que se iniciaba el 1o. de septiembre de 1989, sin saber si el Tribunal, respecto a él, se iba a ajustar o no al ordenamiento jurídico aplicable y lo reelegía o no.

Al respecto se observa que a pesar de que la convocatoria aludida aparezca como un acto de contenido general con el cual se inicia el proceso de selección de jueces, ello no es óbice para que quienes se encontraban escalafonados en la carrera judicial, como es el caso del demandante que lo estaba en el cargo de Juez Séptimo Superior Grado 17 del Distrito Judicial de Bucaramanga, creyeran que con tal acto se les lesionaban los derechos que su escalafonamiento

en dicha carrera les otorgaba, toda vez que en el capítulo V de esa convocatoria, titulado "Inscripción al Concurso" se señala que podían inscribirse los jueces escalafonados que aspiraban a ser reelegidos en sus propios cargos.

De modo que no resultaban válidos los planteamientos de la Agencia Fiscal en orden a solicitar, por ese motivo, la declaratoria de inhibición, para emitir un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones del demandante, ya que en sentir de la Sala, no era necesario esperar a que ocurriera la elección de jueces para impetrar la defensa de los intereses que evidentemente con el simple acto de convocatoria a concurso resultaban afectados.

En cuanto al aspecto de fondo la Sala anota lo siguiente:

Si de conformidad con lo dispuesto en el título III del Decreto 052 de 1987 el ingreso a la carrera judicial o su ascenso a ella deben hacerse mediante un proceso de selección, resulta obvio que un juez escalafonado en carrera solo debe volver a concursar cuando pretenda un ascenso dentro de la misma y no para ser reelegido en el mismo cargo que desempeña, por cuanto su reelección, en términos del articulo 51 IBIDEM, depende de la manera como hayan sido evaluados sus servicios, pues dos calificaciones insatisfactorias, tratándose de funcionarios, traen como consecuencia el que no puedan ser reelegidos.

La improcedencia de convocar a concurso a los aspirantes ya escalafonados para continuar en el mismo cargo, es una consecuencia obvia del alcance y significación que el ordenamiento jurídico imprime al concepto de carrera administrativa, pues es inherente a ésta no sólo el acceso al servicio por méritos sino la relativa estabilidad en el empleo de quienes así ingresan a ella, estabilidad que está acondicionada a la lealtad, eficiencia, honestidad, comportamiento, rendimiento y calidad de trabajo del funcionario calificado.

Admitir lo contrario equivaldría a desconocer un escalafonamiento anterior obtenido como consecuencia de haber superado un concurso previo para el mismo cargo y de un período de prueba en el ejercicio de las funciones.

La Sala ha expuesto ya este criterio en fallo de 13 de marzo de 1992. Expediente No. 4361, Actor Juan Alberto Rodríguez Faccetti, con ponencia del Magistrado Doctor Joaquín Barreto Ruiz, en el cual por idéntica razón a la invocada en el caso *sub-exámine*, se declaro la nulidad de los apartes de la convocatoria al concurso para Jueces del Distrito Judicial de Montería, publicada el 24 de agosto de 1988, convocatoria que disponía que los jueces

escalafonados en la carrera judicial debían concursar para la provisión de los cargos que desempeñaban.

La Sala debe precisar como lo hizo también en esa oportunidad, que la prerrogativa de no volver a concursar es bien diferente del derecho de ser reelegido en el cargo, porque realmente el legislador no consagró en favor de los funcionarios inscritos en la carrera judicial tal privilegio y no pudo establecerlo así, "pues, si el procedimiento para la elección de los jueces era mediante los votos de los integrantes del respectivo Tribunal, era imposible garantizar que un determinado *candidato* resultare favorecido con los votos suficientes de los electores, por la potísima razón de que ningún candidato tiene derecho a que los electores voten por él, ni estos, como consecuencia de que su voto es libre y secreto, están obligados a votar por determinado candidato, ni siquiera siendo único".

No es viable declarar la nulidad del parágrafo único del capítulo VIII de la convocatoria a concurso que reza: "No podrá elegirse como Juez a persona con relación a la cual se manifiesten reservas morales sobre su conducta pública o privada, al menos por una tercera parte de miembros de esta Corporación que, para el efecto y dado el actual número de miembros del Tribunal será de 5 Magistrados", toda vez que, contrariamente a lo aseverado por el demandante, no se trata de que el Consejo Seccional de la Carrera Judicial de los Distritos de Bucaramanga y San Gil y el Tribunal Superior de Bucaramanga hubieran consagrado una nueva falta disciplinaria no prevista en la ley, Se trata mas bien de una causal de inelegibilidad prevista en el literal 8o. del artículo 16 del Decreto 250 de 1970, por lo cual se expidió el estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público.

En efecto, reza así la citada norma:

"Artículo 16.- No podrán ser designados para cargo alguno en la rama jurisdiccional ni en el Ministerio Público, a cualquier título:

8. Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida pública y privada compatible con la dignidad del cargo".

Finalmente y en relación con la petición de declaratoria de nulidad de la totalidad del acto demandado, cabe observar que el único cuestionamiento que realmente se hace en forma general a su legalidad, radica en el quebranto del artículo 23 del decreto 052 de 1987, consistente según el libelo en haber omitido el Tribunal nominador al realizar la convocatoria del concurso para

jueces, coordinar con los respectivos consejos de la carrera judicial los elementos circunstanciales que para ese efecto señala la ley.

De modo, que no apareciendo acreditado en el proceso que el Tribunal Superior de Bucaramanga hubiera dejado de coordinar con los respectivos Consejos de la Carrera Judicial los aludidos aspectos, fuerza concluir que no procede su infirmación.

Sin embargo, como en sentencia de agosto 4 de 1992 proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el expediente No. 4118 actor Jesús Homero Duarte Arias se declaró la nulidad del mismo, acto de convocatoria aquí enjuiciado, en cuanto a la "opción 1: Juez escalafonado que solo aspire a ser reelegido en su propio cargo", y la expresión de la Opción 2 "Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo", después del análisis de idénticos razonamientos planteados por el demandante, debe la Sala atenerse a tal decisión.

Tampoco hay lugar a decretar el restablecimiento del derecho solicitado en este proceso. Al haber desaparecido la convocatoria en sus opciones 1 y 2 por virtud de la nulidad declarada en la sentencia de 4 de agosto de 1992 con efectos ergaomnes, desapareció también para los escalafonados la obligación de concursar para el mismo cargo que ocupaban. Es decir, el restablecimiento se produjo automáticamente respecto de todas las personas que se encontrarán en tal situación.

De conformidad 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:

Estese en todo a lo resuelto en sentencia de 4 de agosto de 1992, proferida en el proceso 4118, en el que es actor Jesús Homero Duarte Arias, en el cual se dispuso:

> "1.- Declárase nulo el acto de convocatoria a concurso de la Carrera Judicial correspondiente a los Distritos Judiciales de Bucaramanga y San Gil, expedido por el respectivo Consejo Seccional de la Carrera Judicial, para el período que se inició el 1o. de septiembre de 1989, únicamente en los siguientes apartes:

Capitulo V- Inscripciones a concurso

En su totalidad la "OPCION 1": Juez escalafonado que sólo aspire a ser reelegido en su propio cargo.

La siguiente expresión de la "OPCION 2" Juez escalafonado que aspire a ser reelegido en su propio cargo."

2.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Este proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en su sesión de 2 de septiembre de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRATO DE TRABAJO/JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA

El acto mediante el cual la Beneficencia de Cundinamarca, negó al actor la reliquidación de la pensión de jubilación y que constituye el objeto de la controversia, tiene su origen en un contrato de trabajo, por el cual se concluye inequívocamente, que la jurisdicción Contencioso Administrativa carece de competencia para el conocimiento del asunto. La competencia para conocer de las controversias originadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo, en juicios adelantados contra la Nación, los departamentos, los Municipios, los Establecimientos públicos institutos o Cajas de Previsión Social, está atribuida a la jurisdicción del trabajo, y expresamente señalada en los artículos 7o., 8o., 9o., 10o., y 11 del estatuto procesal del trabajo.

NULIDAD PROCESAL/JURISDICCION/SANEAMIENTO-Improcedencia

Conforme al artículo 140 del C. de P.C., la primera de las causales de nulidad, es la falta de jurisdicción, y según el inciso final del artículo 144, esta causal es insaneable. A la luz del artículo 145, el juez está en la obligación de declararla oficiosamente, tan pronto como la advierta y sin necesidad de ponerla en conocimiento de la parte afectada. Finalmente, no hay norma que disponga, que declarada la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, deba ordenarse la remisión del expediente al juez competente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre primero (1) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6536. Actor: Cristóbal Meneses González Apelación Interlocutorios.-

Decide la Sala el recurso de apelación, interpuesto mediante apoderado judicial por el señor CRISTOBAL MENESES GONZALEZ, contra el auto de octubre 4 de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

EL AUTO APELADO

Mediante la providencia materia del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, advirtió que se configuraba la causal de nulidad por falta de jurisdicción, la decretó y ordenó archivar el expediente.

Para tomar la decisión, el a-quo estimó que el conflicto jurídico que constituía el objeto de la controversia giraba alrededor de un contrato de trabajo -hechos y pretensiones de un trabajador oficial-, dependiente de la Beneficencia de Cundinamarca, vinculado mediante contrato de trabajo. En tales condiciones, el conocimiento del asunto no correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, sino que la competencia para su juzgamiento estaba atribuida a la jurisdicción del trabajo.

FUNDAMENTO DE LA APELACION

El recurso de apelación, tiene por fin que esta Corporación revoque la providencia apelada y en su lugar disponga que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para dirimir la controversia, o en el evento en que se considere que el conocimiento del conflicto jurídico corresponde a la jurisdicción del trabajo, no se decrete la nulidad procesal, sino que se disponga la remisión del expediente al juez competente, solicitud que se hace con fundamento en las siguientes apreciaciones:

1) Que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer del asunto, pues aun cuando la relación laboral, entre el actor y la Beneficencia de Cundinamarca tuvo origen en un contrato de trabajo, tal vínculo se extinguió, una vez la entidad pública demandada le reconoció la pensión de jubilación.

2) A partir del mes de septiembre de 1983, fecha en que la Beneficencia de Cundinamarca le reconoció el derecho pensional al actor, se le cambió su antigua relación de trabajador oficial.

3) El 17 de junio de 1988, el actor solicitó a la Beneficencia de Cundinamarca, reliquidación de la pensión de jubilación, la cual le fue denegada, mediante comunicación de 23 de junio del mismo año.

4) El acto mediante el cual la Beneficencia de Cundinamarca negó al actor, la reliquidación de la pensión de jubilación, es un simple acto administrativo "separable" de la situación que había ligado al demandante con la entidad pública demandada. Afirmación que sustenta con la cita que hace, de una providencia dictada por esta Corporación, en la que trató el tema de los actos separables.

5) Que en materia de procedimiento y trámite de nulidades, el C.C.A. remite al C. de P.C., y este último estatuto, señala que las nulidades decretadas oficiosamente, no son "insaneables", puesto que el proceso es ordinario y no comprende una competencia funcional y que se trata de un criterio sobre interpretación de las normas sobre competencia. Por esa razón afirma que el Tribunal ha debido ordenar la remisión del expediente al competente y no decretar la nulidad.

CONSIDERACIONES

Se contrae la controversia a dilucidar:

1) Competencia para el juzgamiento del asunto y

2) Providencia que debe dictarse en caso de falta de jurisdicción.

Competencia para el juzgamiento del asunto:

a) En el sub-lite, se pretende la nulidad con restablecimiento del derecho, del acto sin número, fechado el 23 de junio de 1988, expedido por el Síndico Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca, mediante el cual negó al actor, la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación.

b) El apoderado del actor afirma que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer del asunto, pues a su entender, el acto enjuiciado es un simple acto administrativo "separable" de la situación que había ligado al demandante, con la entidad pública demandada.

c) Para hacer claridad sobre el problema jurídico planteado, es indispensable recordar que, conforme al artículo 82 del C.C.A., la jurisdicción contencioso administrativa está instituida por la Constitución, para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

d) La disposición antes referida, señala la regla general de competencia en los asuntos cuyo conocimiento corresponde a esta jurisdicción, pero esa regla general tiene sus excepciones claramente definidas en la ley.

e) Cabe recordar igualmente, que conforme al numeral 6o. de los artículos 131 y 132 del C.C.A., los Tribunales Administrativos conocen en única o primera instancia, de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral *que no provengan de un contrato de trabajo.*

f) Si el conflicto se origina directa o indirectamente en un contrato de trabajo, su conocimiento corresponderá a la jurisdicción del trabajo.

g) En el sub-lite, la controversia se origina en un contrato de trabajo, pues conforme a la certificación allegada al proceso y que obra a folio 80 del expediente, el Director de la División de Relaciones Industriales de la Beneficencia de Cundinamarca, hace constar que el demandante, se vinculó a dicha entidad, mediante contrato de trabajo, para el desempeño de un cargo que lo calificaba como trabajador oficial, status que conservó, hasta cuando la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación. Según lo anterior, el demandante es un trabajador oficial pensionado de la Beneficencia de Cundinamarca.

h) La entidad demandada seguramente le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley o en la convención colectiva, exigencias que el actor debió acreditar teniendo en cuenta su condición de trabajador oficial.

i) La circunstancia puesta de presente en el literal anterior, muestra con claridad, que el acto mediante el cual la Beneficencia de Cundinamarca, negó al actor la reliquidación de la pensión de jubilación y que constituye el objeto de la controversia, tiene su origen en un contrato de trabajo, por el cual se concluye inequívocamente, que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para el conocimiento del asunto.

j) La competencia para conocer de las controversias originadas directa o indirectamente en un contrato de trabajo, en juicios adelantados contra la Nación, los Departamentos, los Municipios, los Establecimientos Públicos, Institutos o Cajas de previsión social, está atribuida a la jurisdicción del trabajo, y expresamente señalada en los artículos 7o., 8o., 9o., 10o. y 11 del estatuto procesal del trabajo.

Por este aspecto la providencia apelada se confirmará.

Providencia a dictarse en caso de falta de jurisdicción:

Afirma el actor en el recurso de alzada, que la nulidad no debió ser declarada por el Tribunal oficiosamente, sino que debió ponerla en conocimientos de la parte afectada, toda vez que se trata de un criterio de interpretación de las normas sobre competencia, sujetas a impugnaciones o revisiones por el superior; que la nulidad advertida no es de las insaneables y

que el Tribunal debió simplemente declararse incompetente y ordenar la remisión del expediente al juez competente.

En la forma como el apelante plantea la petición, denota falta de técnica jurídico-procesal, pues su afirmación está orientada en un sentido totalmente contrario al de las previsiones contenidas en el estatuto procesal civil.

En efecto, conforme al artículo 140 de Código de Procedimiento Civil, la primera de las causales de nulidad, es la falta de jurisdicción, y según el inciso final del art. 144, esta causal es insaneable. A la luz del art. 145, el juez está en la obligación de declararla oficiosamente, tan pronto como la advierta y sin necesidad de ponerla en conocimiento de la parte afectada. Finalmente, no hay norma que disponga, que declarada la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, deba ordenarse la remisión del expediente al juez competente.

No se trata de un criterio de interpretación de las normas sobre competencia, ya que estás están claramente señaladas en la ley, como antes se hizo claridad.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado.

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de octubre 4 de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, dentro del proceso promovido por el señor CRISTOBAL MENESES GONZALEZ, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

En firme este proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO PENAL -Independencia/ **PROCESO DISCIPLINARIO-** Independencia

No es procedente concluir por el solo hecho de que la justicia penal se abstuviera de iniciar un proceso por presuntas irregularidades en la tramitación de una Resolución, que sea improcedente adelantar investigación administrativa por la misma causa, pues ocurre que algunas actuaciones de los funcionarios que no tipifican hechos punibles, pueden constituir faltas sancionables disciplinariamente.

NACION/PERSONERIA SUSTANTIVA/ DEMANDA- Requisitos

El artículo 149 del C.C.A., que se hace al determinar la parte demandada, es indicativa de que en el caso sub examine el accionante solo pretendía que la representación de la Nación la asumiera el Ministro de Trabajo, circunstancia que se evidencia también al expresarse que el tesoro nacional estaría obligado a cancelarle las sumas que, en su sentir, se le adeudarían en caso de que los actos acusados fueran anulados, lo cual implica que considera a la Nación titular del aludido tesoro, como la persona jurídica llamada a responder de las consecuencias de un pronunciamiento judicial favorable a sus pretensiones, lo que haría a través del Ministro de Trabajo, quien por mandato del inciso 2o. del artículo citado del C.C.A., legalmente debe llevar la representación de la Nación.

PROCESO DISCIPLINARIO/DESTITUCION

La Administración dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 150 del Decreto 1950 de 1973 que ordena poner en conocimiento del empleado los cargos que se le formulan para efectos de oírlo en

declaración de descargos, aportar pruebas y solicitar la práctica de las que estimara conducentes, lo que efectivamente hizo el accionante en ambas oportunidades.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Magistrado Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 4133 Apelación Sentencia. Actor: José María Orrego Peralta

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal y por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Caldas.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor José María Orrego Peralta pidió al Tribunal anular los Decretos Nos. 1404 y 2195 de 21 de mayo y 9 de agosto de 1985 expedidos por el Presidente de la República, por medio de los cuales se le destituyó del cargo de Jefe de Sección de Inspección de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Caldas, con sede en Manizales y se le inhabilitó para el desempeño de cargos públicos por el término de un año y como consecuencia de tal nulidad impetró su reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría y el pago de los haberes dejados de percibir con ocasión de su separación del servicio.

El Tribunal en la sentencia impugnada se declaró inhibido para emitir un pronunciamiento de mérito sobre la contención planteada, en razón de haberse señalado en el libelo como parte demandada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y no a la Nación, por cuanto considera que en este caso no es posible hacer uso de la potestad interpretativa de la demanda que la ley otorga al juzgador para admitir que la intención fue hacer comparecer al proceso a la Nación, ya que no hay duda de que el ente jurídico demandado fue un organismo sin personería jurídica, como lo es, en este caso, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El doctor Mario Gómez Idárraga, Fiscal único del Tribunal, interpuso contra la sentencia comentada el recurso de apelación, alegando que "no puede compartir lo expresado por la Sala, puesto que por un yerro por parte del accionante, en la señalización de la parte demandada (La Nación), esta

circunstancia no puede de manera alguna eximir al Honorable Magistrado Ponente, de interpretar la demanda, y así llegar a la conclusión de que en el sub lite la única persona que en forma exclusiva se demanda, es la Nación"... "a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, persona ésta que ha concurrido en el proceso como representante legal de la Nación; cosa diferente fuera que la Nación hubiese estado ausente en el proceso, sin haber tenido derecho a la controversia que se planteó en el libelo y en su contra". (folio 136 cuaderno principal).

Para reforzar sus planteamientos trae a colación los salvamentos de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra, en el expediente No. 11070. (Recurso de Súplica, julio 16 de 1984) y el fallo de 31 de agosto de 1988 del mismo Tribunal de Caldas. (Expediente No. 73-25, actor: Alvaro Cruz Valencia).

También el actor interpuso oportunamente contra dicho fallo el recurso de alzada (folios 128 y s.s.), arguyendo que al impetrar la nulidad de los Decretos 1404 y 2195 de 1985, expedidos por un organismo que forma parte del Gobierno Nacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "es perfectamente lógico entender que lo que se demandaba ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo son los actos de la Administración y no las personas o entidades públicas que los han proferido." (folios 128-129 cuaderno principal).

Y agrega que en el evento de prosperar la acción contra los actos acusados, su reintegro se produciría en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, "y el Ministro de Trabajo como firmante del acto administrativo también, jurídicamente, sería responsable de los perjuicios ocasionados a mi poderdante al tenor de lo preceptuado por los artículos 77 y 78 C.C.A." (folio 129).

Finalmente, tanscribe apartes del salvamento de voto y de la sentencia de 31 de agosto del Tribunal de Caldas, a los cuales se refirió el Fiscal de esa Corporación en la sustentación del recurso de apelación.

CONCEPTO FISCAL

La Agencia del Ministerio Público en la vista reglamentaria opina que el fallo debe revocarse porque "se justificaría el inhibitorio en el *sub-lite* si en él no se hubiera trabado la litis contestatio, como en efecto ocurrió, entre la parte con legitimación *ad-processum* por activa, la que actuó como demandante, y la parte con legitimación ad-processum por pasiva, la Nación representada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tal como lo grita el escrito de contestación de demanda visible a folio 1 del cuaderno principal." (folio 155).

De igual modo, solicita que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto los decretos acusados, de conformidad "con las documentales arrimadas al proceso, se encuentran en plena armonía con la realidad probatoria evidenciada. Quedando eliminadas así las posibles dudas frente a la observancia del debido procedimiento por parte de la Administración (derecho de defensa), establecido en las disposiciones citadas, especialmente, en los artículos 150 y 156 del Decreto 1950 de 1973." (folio 157 cuaderno principal).

Surtida la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

A efectos de precisar los alcances de la potestad interpretativa del juez a fin de lograr la finalidad última de los procesos que es la efectividad de los derechos sustanciales, de anotarse que, efectivamente, el ordenamiento jurídico le otorga poderes para ello, los cuales deberán ejercerse en armonía tanto con los principios que informan el trámite de las contenciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, como con los lineamientos trazados en la jurisprudencia sobre el particular.

Teniendo presente lo anterior, se procederá a analizar el escrito introductorio del presente proceso, con el propósito de precisar si a través de su contenido se patentiza que la intención del accionante fue señalar como centro de imputación de sus pretensiones al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ente oficial carente de personería jurídica.

El actor, al designar las partes, expresa en el libelo:

"PARTES

a) Señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social (Art. 149 C.C. Administrativo -inc. 2).

b) JOSE FERNEY PAZ QUINTERO, abogado en ejercicio, en representación del señor JOSE MARIA ORREGO PERALTA." (folio 70 cuaderno principal).

Y, al solicitar el restablecimiento del derecho, indica:

"D- Que como consecuencia del restablecimiento del derecho lesionado, el Tesoro Nacional (Gobierno Nacional Ministerio del Trabajo y Seguridad Social), está obligado a cancelarle a mi patrocinado toda clase de daños y perjuicios, los salarios dejados de devengar, los aumentos que se hayan presentado desde la desvinculación hasta el reintegro, las

bonificaciones, primas y demás prestaciones que se causen por tal motivo, por haber transgredido las normas de nuestra legislación." (folio 73 cuaderno principal).

Para la Sala, la clara referencia al Artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, que se hace al determinar la parte demandada, es indicativa de que en el caso sub examine el accionante sólo pretendía que la representación de la Nación la asumiera el Ministro de Trabajo, circunstancia que se evidencia también al expresarse que el tesoro nacional estaría obligado a cancelarle las sumas que, en su sentir, se le adeudarían en caso de que los actos acusados fueran anulados, lo cual implica que considerara a la Nación titular del aludido tesoro, como la persona jurídica llamada a responder de las consecuencias de un pronunciamiento judicial favorable a sus pretensiones, lo que haría a través del Ministro de Trabajo, quien por mandato del inciso 2° del artículo citado del C.C.A., legalmente debe llevar la representación de la Nación.

Así las cosas, estima la Corporación que la sentencia debe revocarse por las especialísimas circunstancias expuestas anteriormente y, por lo tanto, debe emitirse un pronunciamiento de mérito sobre la controversia planteada por el actor.

Los actos acusados son los Decretos 1404 y 2195 de 1985 expedidos por la Presidencia de la República mediante los cuales se destituyó al actor del cargo de Jefe de Sección de Inspección de Trabajo de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Caldas, con sede en Manizales y se le inhabilitó para el desempeño de cargos públicos por el término de un año, en virtud de la comisión de actos atentatorios contra la administración pública (folios 56 a 58 y 64 a 67).

La impugnación de los actos citados, en síntesis, se fundamenta en que en el proceso disciplinario seguido al accionante por la veeduría administrativa del Ministerio de Trabajo, se le conculcaron sus derechos de defensa y no se dio cabal aplicación a lo establecido en los artículos 150 y 156 del Decreto 1950 de 1973 y 8° y 12 de la ley 13 de 1984.

Así mismo se expresa que su motivación es inexacta, ya que se afirmó que había incurrido en actos atentatorios contra la administración pública violando los artículos 6° y 8° del Decreto 2400 de 1968, cuando, en realidad, el actor cumplió en todo momento con las funciones de su cargo, señalando expresamente la actividad que desarrolló en relación con el Sindicato de Trabajadores y la Administración Municipal de Manizales y con el Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Caldas.

Cuestiona los cargos de abuso de función pública al expedir la Resolución No. 0013 de 11 de abril de 1984 que resuelve una querella del Sindicato de Trabajadores de Incolma, alegando que, conforme al concepto del Jefe de la

oficina jurídica del Ministerio, obrante en el proceso penal instaurado en su contra por esa razón, su proceder se ajustó a derecho, como también fue legal la expedición de las resoluciones Nos. 0039 de 16 de noviembre de 1982 y 030 de 29 de julio de 1983, mediante las cuales, en su orden, se dispuso la devolución de unos descuentos efectuados a trabajadores de la Industria Licorera de Caldas, orden que fue cumplida por ésta, y se sancionó con multa de $10.000 a la Empresa INARCA. Del mismo modo, señala que, al formular este cargo, no se precisó por qué al expedir los actos mencionados se incurrió en abuso de funciones públicas, que no fue escuchado en el proceso y que no se evaluaron sus descargos "frente a la realidad administrativa que se vivía en la División Departamental del Trabajo de Caldas" (folio 75 cuaderno principal).

Procederá la Sala a establecer si se da la conculcación del derecho de defensa del actor por las razones expuestas por el mismo.

Al efecto, se anota que no obra en el expediente copia de la totalidad del proceso disciplinario que se adelantó en contra del señor Orrego Peralta: sólo se cuenta con algunas de las piezas que lo conforman, de las cuales se desprende lo siguiente:

La veeduría administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante oficio sin número del 13 de abril de 1984, le formuló cargos por violación de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2400 de 1968, requiriéndole explicación sobre la tramitación de varias querellas formuladas por los Sindicatos de Trabajadores de Tejidos Unica, del Departamento de Caldas, de Cementos de Caldas, del Municipio de Manizales y por Sintrainarca y Sintraincolma, documento en el cual se le señalaba el término para contestarlos y la posibilidad que tenía para aportar y solicitar las pruebas que estimará convenientes (folios 23 y 24 cuaderno principal).

El inculpado, por medio de oficio fechado el 16 de abril de 1984 (folios 25 a 28), uno a uno contestó los cargos. Sin embargo, se observa que no solicitó la práctica de ninguna prueba, en orden a demostrar las razones de su defensa.

La citada veeduría en diligencia realizada el 17 de abril de 1984, con fundamento en la diligencia de descargos de la doctora Fabiola González Alvarez, Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Caldas, de quien el señor Orrego Peralta era subalterno, le formuló no ya por escrito sino personalmente a éste otros cuatro cargos, todos relacionados con hechos que el Sindicato de Trabajadores del Municipio de Manizales se hallaba interesado en que fueran investigados por el Ministerio de Trabajo y respecto de algunos de los cuales se había formulado la respectiva denuncia. En esa misma diligencia el actor rindió los descargos correspondientes, como se aprecia a folios 29 a 32 del cuaderno No. 1.

Lo anterior patentiza que la administración dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 150 del Decreto 1950 de 1973 que ordena poner en conocimiento del empleado los cargos que se le formulan para efectos de oírlo en declaración de descargos, aportar pruebas y solicitar la práctica de las que estimara conducentes, lo que efectivamente hizo el accionante en ambas oportunidades.

En cuanto hace a la infracción del artículo 156 ibídem, que estipula que la comisión de personal para emitir concepto sobre las sanciones que deban imponerse a los funcionarios podrá oír al inculpado o a las personas que puedan aportar elementos de juicio relacionados con los hechos, se observa que la omisión de citar al actor o a otras personas por parte de la comisión de personal del Ministerio que conceptuó sobre la destitución de aquél, no genera la nulidad del acto demandado, por cuanto tal citación es potestativa de la comisión, según se infiere del texto mismo de la norma, en la cual se emplea el término *podrá* y no el imperativo *deberá*.

Consiguientemente, no se da la transgresión de la citada disposición ni la del artículo 12 de la ley 13 de 1984 que, por esa razón, también se estimó violado.

En relación con los cuestionamientos de los actos enjuiciados, por ser materialmente inexistentes los cargos endilgados al señor Orrego Peralta, se anota que el libelista centra su impugnación en los casos del Sindicato del Municipio de Manizales y de la Industria Licorera de Caldas y en la expedición de las resoluciones Nos. 013 de 1984 que resuelve una querella del Sindicato de Trabajadores de INCOLMA, 039 de 1982 que ordena la devolución de unos descuentos efectuados a los trabajadores de la Industria Licorera de Caldas y 030 de 1983 que decidió la querella presentada por el Sindicato de Trabajadores de Inarca.

Sobre el particular se observa que, si bien no se precisa en qué consistió el abuso de funciones públicas en que al expedir las resoluciones citadas incurrió el actor, lo cierto es que no es procedente concluir por el solo hecho de que la justicia penal se abstuviera de iniciar un proceso por presuntas irregularidades en la tramitación de la Resolución No. 013 de 1984, que sea improcedente adelantar investigación administrativa por la misma causa, pues ocurre que algunas actuaciones de los funcionarios que no tipifican hechos punibles, pueden constituir faltas sancionales disciplinariamente.

En relación con las otras resoluciones, el accionante se limita a expresar que se ajustan al ordenamiento jurídico y que ello explica que la Licorera de Caldas diera cumplimiento a la Resolución No. 039 y que la administración confirmara la No. 030 de 1983, sin adjuntar las pruebas correspondientes.

No obstante lo anterior, en lo concerniente al retardo y negación injustificada del despacho de las querellas formuladas por el Sindicato de Trabajadores del Municipio de Manizales, se señala que aún cuando el demandante demuestra (folios 19 a 22 cuaderno principal) que asistió a la diligencia de conciliación y arbitraje celebrada entre las partes en marzo de 1983, con ello no desvirtúa que las distintas quejas por diferentes causas presentadas por la aludida organización sindical referenciadas en los cargos, fueran atendidas en su totalidad y sin dilación alguna.

Observa también la Sala que el señor Orrego Peralta en sus descargos se refiere a varias actuaciones suyas con ocasión de la tramitación de las querellas en que se apoyan los cargos que le imputan, a su inexistencia, o a la no recepción de las mismas en la Sección que presidía. Sin embargo, sus afirmaciones carecen de respaldo probatorio; de suerte que es imposible con fundamento en su dicho únicamente, admitir que no hubo negligencia en el cumplimiento de sus labores y que por ello no se configura la infracción de los preceptos del Decreto 2400 de 1968 citados en el acto acusado.

De acuerdo con lo expuesto, se impone la denegación de las súplicas de la demanda.

Consecuentemente con lo razonado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1.- Revócase la sentencia de veintiuno (21) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso promovido por José María Orrego Peralta a fin de obtener la nulidad de los Decretos Nos. 1404 y 2195 de 1985 de la Presidencia de la República.

2.- Declárase no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa pasiva.

3.- Deniéganse las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 5 de agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA PROTOCOLARIA

El actor manifiesta que varió su propósito de permanecer vinculado al INSFOPAL en virtud de su deseo de facilitar al Director la escogencia de sus colaboradores, razonamiento que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, constituye fundamento valido para tomar una decisión de esta naturaleza por parte de quienes su formación profesional, sus condiciones intelectuales, su experiencia administrativa y la mesura que debe caracterizar sus actuaciones, hacen presumir que obran en forma consciente y con pleno conocimiento de los efectos jurídicos que conlleva una manifestación de voluntad de esta naturaleza. No puede entonces considerarse fuera de contexto, la decisión de dimitir para facilitar al jefe del organismo la reintegración de su cuadro de colaboradores y la organización del servicio mismo, mediante el relevo de algunos funcionarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4979 Apelación Sentencia Actor : José Octavio Ramírez González

Reconócese al doctor Edgar Miguel Juan Narváez como apoderado del Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL- en los términos y para los efectos del memorial de sustitución visible a folio 134.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de agosto de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por José Octavio Ramírez González, en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 0252 de 13 de abril de 1981 expedida por el Director General del Instituto Nacional de Fomento Municipal, en cuanto aceptó su renuncia del cargo de Jefe de Sección VI Categoría XX, Sección Control No. 1, División de control, dependiente de la Subdirección de Proyectos con Recursos Externos que desempeñaba en esa entidad, y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar.

LA SENTENCIA

En el fallo recurrido se denegaron las súplicas del demandante por cuanto se estimó que de conformidad con el escrito respectivo, su dimisión no fue, como lo asegura, presionada o exigida por la administración, "debiendo presumirse que fue producto de su libre y razonada decisión frente a lo que él llamó 'las circunstancias presentadas' y que, además, fue una 'renuncia protocolaria', como expresión inequívoca de su voluntad de dejar en libertad al nominador para escoger sus colaboradores en cargos de dirección y confianza como era el suyo." (Folio 129 cuaderno principal).

Por la misma razón consideró el *a-quo* que no se configuró el abuso ni la desviación de poder endilgadas al nominador en el libelo, pues tales irregularidades se hacen consistir en el hecho de haberse aceptado una renuncia que no fue libre y espontánea. De igual modo, se recalcó "que el Director General, como autoridad nominadora, era competente para aceptar dicha renuncia, de conformidad con los artículos 9o. del Decreto 2804 de 1975 y 114 del Decreto 1950 de 1973." (folios 129-130).

También aseveró el Tribunal que el acto acusado no fue expedido irregularmente puesto que "de la misma 'decisión' (aceptación de la renuncia) se infiere su motivo o causa y por otro lado, la norma invocada como quebrantada no es de recibo por existir disposiciones administrativas que regulan la conformación de los actos administrativos." y porque la anotación en la hoja de vida del funcionario de las causales de su remoción, no hace parte ni condiciona la existencia del acto administrativo que la dispone, consiguientemente, no puede generar su infirmación.

EL RECURSO

Al exponer las razones de inconformidad con la sentencia comentada, el recurrente insiste en sostener que del texto mismo del escrito contentivo de su renuncia se infiere que "no fue libre porque mediaron unas circunstancias que el nominador bien debía conocer, pues, sin hacer ninguna salvedad sobre

tales circunstancias, aceptó la determinación que había tomado el dimitente.", por lo cual la resolución enjuiciada amerita ser anulada ya que se expidió en forma irregular, toda vez que "la regularidad no solamente está en la expresión de la voluntad de la autoridad nominadora respecto de la dimisión del funcionario. Es, más que todo, el contenido y antecedentes de la renuncia. Está, para que sea verosímil y legalmente válida, ha de ser espontánea. "(folio 141 cuaderno principal).

EL CONCEPTO FISCAL

Tras precisar que la omisión de dar traslado al apelante para sustentar el recurso, conforme a lo preceptuado en el C. de P.C., no constituye causal de nulidad y que tal irregularidad debe tenerse "como subsanada con el escrito, que a manera de sustentación del recurso de apelación, presentó el apoderado de la parte actora dentro del término de traslado para alegar.", la Fiscalía Quinta de la Corporación opina que el fallo debe ser confirmado en virtud de que no se acreditó que la renuncia presentada por el actor no fuera libre y espontánea como se afirma en el libelo, más aún, se advierte, que no obra en el expediente medio probatorio alguno que lleve al convencimiento de la veracidad de tales asertos y que la anotación en la hoja de vida del accionante de las razones de su remoción "no es requisito previo para la expedición del acto, ni elemento necesario para su validez, ni factor determinante de su conformación." (folio 144 cuaderno principal).

Surtida la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, conviene anotar que son acertadas las apreciaciones de la distinguida colaboradora fiscal, en el sentido de que la irregularidad en que se incurrió en el *sub-lite* al no dar traslado al apelante para sustentar el recurso, debe entenderse como saneada, en virtud de que tal sustentación se hizo en el término concedido a las partes para alegar de conclusión y, especialmente, porque ninguna de ellas formuló el respectivo reclamo por medio de los recursos establecidos en la ley, tal como lo preveía el anterior Artículo 152 del C. de P.C. y lo dispone el último inciso del Artículo 140 IBIDEM, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto 2282 de 1989.

Ahora bien, para analizar la censura del fallo, conforme a la cual el texto del escrito contentivo de su dimisión es suficiente para demostrar que ésta fue coaccionada, resulta pertinente reproducirlo literalmente:

"BOGOTA, D.E., 25 de Marzo de 1981

Doctor

ALVARO MARTINEZ RUJANA

Director General del Insfopal

E. S. D.

Doctor Martínez:

En reciente oficio le manifesté mi intención de continuar en la Entidad entre otras razones por el hecho de haber cumplido 18 años al servicio del Estado. Pero debido a las circunstancias presentadas y con el ánimo de dejarlo a usted en libertad de escoger a sus colaboradores, me permito presentarle renuncia del cargo que actualmente ejerzo como Jefe de Sección VI en la Subdirección de Proyectos con Recursos Externos.

Le reitero mis votos porque logre usted una buena administración que le permita cumplir con los compromisos del país.

Cordialmente,

JOSE OCTAVIO RAMIREZ G. " (folio 20 cuaderno principal).

No obstante que de la comunicación transcrita puede inferirse que al tomar la determinación de dimitir de su empleo el doctor Ramírez González tuvo en cuenta lo que él denominó "circunstancias presentadas", lo cierto es que tales circunstancias no se precisaron ni se explicitaron, lo que hace imposible admitir, como lo pretende, que dicho asunto sea prueba suficiente de la presión supuestamente ejercida por la administración para que presentara su renuncia.

Por el contrario, en él expresamente el actor manifiesta que varió su propósito inicial de permanecer vinculado al INSFOPAL en virtud de su deseo de facilitar al Director de la escogencia de sus colaboradores, razonamiento que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, constituye fundamento válido para tomar una decisión de esta naturaleza por parte de quienes por su formación profesional, sus condiciones intelectuales, su experiencia administrativa y la mesura que debe caracterizar sus actuaciones, hacen presumir que obran en forma consciente y con pleno conocimiento de los efectos jurídicos que conlleva una manifestación de voluntad de esa naturaleza. No puede entonces considerarse fuera de contexto, la decisión de dimitir para facilitar al jefe de organismo la reintegración de su cuadro de colaboradores y la organización del servicio mismo, mediante el relevo de algunos funcionarios.

De otra parte, se observa que el expediente, como bien lo sostienen el *a-quo* y la agencia fiscal, no obra prueba alguna que lleve al juzgador ni siquiera la sospecha de que en realidad se presentaron actuaciones o maquinaciones de la autoridad nominadora, orientadas a constreñir la voluntad del demandante para que renunciara al cargo que desempeñaba en la entidad demandada.

La ausencia de respaldo probatorio torna en ineficaces los planteamientos del apelante contra el fallo del Tribunal y, por ello, resultan inaceptables como fundamento de su posible infirmación.

Así las cosas, la resolución demandada continúa amparada por la presunción de legalidad connatural a los actos administrativos, por lo cual se impone la confirmación de la sentencia recurrida denegatoria de las súplicas del demandante.

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 de dieciocho (18) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso promovido por José Octavio Ramírez González contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 0252 de 13 de abril de 1981, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba en dicho Instituto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 29 de julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

COLPUERTOS/APORTES PARAFISCALES/SENA-Aportes/**EXONERACION**-Improcedencia

Decretada y practicada la prueba pericial a los estados financieros de la empresa, los peritos en dictamen que no fue objetado, corroboraron que la utilidad de la entidad para 1977, fue de $69.224.358. aclarando que el pago efectivo de los aportes al Sena por valor de $25.524.000 en nada afecta al monto de la utilidad en mención, toda vez que por tratarse de una contabilidad de causación, dentro de los gastos causados está incluida la aprobación correspondiente al pago de dichos aportes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejera Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. 1589 Resoluciones Ministeriales. Actor: EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA.

La Empresa Puertos de Colombia, mediante apoderado, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 03892 de Agosto 5 de 1980, 06260 de Diciembre 4 del mismo año y 00493 de Marzo lo de 1982, mediante las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social negó la solicitud de exoneración de pago de los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- presentada por aquella empresa para el año de 1977; pidió además que, como consecuencia

de dicha nulidad, se declare que COLPUERTOS tiene derecho a que se le exonere de aportar al SENA durante el citado año, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del decreto No. 118 de Junio 21 de 1957, ya que la aplicación de esta norma coloca en grave peligro la estabilidad económica de la empresa (folio 4).

En la demanda se citó como norma violada con los actos administrativos acusados, el artículo 21 del decreto No. 118 de 1957.

Expone el concepto de violación la parte actora, manifestando que las resoluciones impugnadas se expidieron con falsa motivación, puesto que si bien es cierto que en el año de 1977 COLPUERTOS obtuvo por primera vez un superávit de $69.224.358 también lo es que en dicho momento venía un déficit acumulado de $1.392.806.662; que haciendo la deducción de estas cifras da un déficit acumulado de $1'323.582.304, con lo que se demuestra claramente la situación deficitaria de la empresa; que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al dictar las resoluciones enjuiciadas actuó en forma irregular y con desviación de poder al negarse a aceptar los planteamientos hechos por COLPUERTOS al sustentar los recursos de reposición y apelación; que de tal manera el comentado Ministerio obró con fines diferentes al buen servicio; que así las cosas corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo restablecer el derecho particular lesionado como lo determina el artículo 89 del anterior Código Contencioso Administrativo.

La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- en el alegato de conclusión presentado ante esta Corporación se opone a las pretensiones del escrito introductorio y manifiesta que no fue probado dentro del proceso la precaria situación que, según la parte actora, atravesaba COLPUERTOS durante el año de 1977; que el balance y los estados de pérdidas y estados financieros demostraron lo contrario; que al pagar COLPUERTOS al SENA el aporte del 2% sobre la nómina de sueldos y salarios no se pone en peligro la estabilidad económica de aquella empresa; que en el dictamen pericial practicado dentro del proceso se evidencia la justicia de la decisión adoptada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de no acceder a la exoneración, por las razones que se exponen a folio 129, 130 y 131 del expediente.

El Ministerio Público opinó que deben denegarse las súplicas del escrito demandatorio, porque del dictamen pericial " se desprende, fácilmente, que la Empresa demandante no se encontraba dentro de los supuestos de exoneración previstos en el artículo 21 del Decreto 118 de 1957, pues, su estabilidad económica no estaba perturbada y, antes por el contrario, presentaba utilidades"

El proceso se destruyó en los trágicos acontecimientos del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de Noviembre de 1985 y la parte demandante obtuvo su reconstrucción mediante auto de Septiembre 9 de 1987 (folios 73 y 74).

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

CONSIDERACIONES:

Se trata de determinar en el caso *sub-judice* la legalidad de las Resoluciones 03892 y 06260 de 1980 proferidas por el Jefe de la División de Estudio y Control de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y la 0493 de 1982 de la Directora General de Seguridad Social del mismo Ministerio, mediante las cuales se deniega la petición formulada por el Gerente General de la Empresa de Puertos de Colombia para que se exonere a esa entidad del pago de los aportes del 2% con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- por el año de 1977 (folios 10 y 11).

Dispone el artículo 21 del Decreto 118 de 1957:

> "El Ministerio del Trabajo podrá exonerar, en todo o en parte, del cumplimiento del presente decreto, a los patronos que comprueben que su aplicación pone en grave peligro su estabilidad económica. Tales exoneraciones se concederán para períodos no mayores de un año, a juicio del Ministerio, y serán revisables en cualquier momento, de oficio o a petición de parte".

Pretende el accionante demostrar que a pesar de que la empresa obtuvo en 1977 un superávit de $69'224.358, su situación real era deficitaria, debido a que venía con un déficit acumulado de $1'392.806.662, circunstancia no reconocida por la administración al denegar la exoneración del pago de aportes porque su pago en forma alguna pone en grave peligro la estabilidad económica de Puertos de Colombia.

Decretada y practicada prueba pericial a los estados financieros de la empresa, los peritos en dictamen que no fue objetado, corroboraron que la utilidad de la entidad para 1977 fue de $69.224.358, aclarando que el pago efectivo de los aportes al Sena por valor de $25'542.000 en nada afecta el monto de la utilidad en mención, toda vez que por tratarse de una contabilidad de causación, dentro de los gastos causados está incluida la apropiación correspondiente al pago de dichos aportes.

También practicaron los peritos el análisis financiero de la empresa del cual cabe destacar que encontraron un índice de liquidez inmediata de 1.638 que significa que por cada $1 que debía la entidad tenía $1.64 para pagarlo, equivalente a un 64% de liquidez. Igualmente encontraron que el capital de trabajo que está representado por los fondos que la empresa tiene disponibles para cumplir con sus operaciones corrientes sin verse interferidos por los pasivos a corto plazo, es decir la parte relativamente líquida de la capitalización de la empresa era de $437.022.671.

Estos datos, unidos al índice de solvencia de 1.117 que resulta de la relación del activo total que era de $3.153.505.001 y el pasivo externo de $2.822.651.768 dan a conocer la consistencia financiera de la empresa para atender sus compromisos tanto a corto como a largo plazo e indican que a pesar del déficit acumulado su estabilidad económica ni era crítica ni se ponía en grave peligro por el pago de los aportes que por ley debió hacer al SENA,

No tiene razón por tanto la censura que la accionante hace a las resoluciones que negaron la exoneración pretendida, pues ciertamente la empresa no demostró las circunstancias económicas a que se refiere el artículo 21 del decreto 118 de 1957.

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

FALLA:

Deniéganse las Súplicas de la demanda presentada por la Empresa Puertos de Colombia.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Archívese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día cinco (5) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO/PLANTA DE PERSONAL-Modificación/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Facultades

El hecho de que el Decreto demandado no hubiera suprimido cargos es una interpretación del censor, del vocablo "suprímanse" utilizado impropiamente por el ejecutivo pero que no corresponde a la realidad, pues del contexto del decreto no queda duda alguna de que lo que se decreta es una modificación a la planta de personal, suprimiendo unos cargos y creando otros, por lo demás si así no lo fuese, no ve la Sala cómo pudo transgredirse el numeral 21 del artículo 120 de la anterior Carta que en nada se refería al numero de cargos que podrían tener los diferentes organismos de la rama ejecutiva. El artículo 74 del Decreto 1042 de 1978 expresamente faculta al Presidente de la República para crear y suprimir cargos en éstas y que no hay lugar a aplicar respecto de esta disposición la excepción de inconstitucionalidad que reclama el impugnante, pues, antes que contrariar el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, la desarrolla como quiera que debe entenderse que esta norma constitucional al mencionar los "Ministerios y Departamentos Administrativos", que son los organismos principales de la Administración Central, se refirió a toda la rama ejecutiva centralizada del orden nacional, a la cual pertenecen las Superintendencias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno(31) de mil novecientos noventa y dos (1992)`.

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente Nº. 3339. ACCION DE NULIDAD Actor: Jorge Eliud Villa Taborda

El ciudadano Jorge Eliud Villa Taborda, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, pide a esta Corporación declare la nulidad del artículo 1o. del Decreto 1987 del 20 de Octubre de 1987 expedido por el Gobierno Nacional; nulidad parcial de su artículo 2o. *ibídem*, "en lo referente a los cargos cuya nomenclatura o denominación aparece en el artículo 1o. del Decreto y que pasan como creaciones en el artículo 2o. cambiándoles solamente el grado salarial, de acuerdo con el cuadro comparativo que incluiré en la parte correspondiente a los hechos de esta demanda"; y la nulidad del artículo 2o. ibídem, "en lo referente a la creación de nuevos cargos (distintos a los que contempla la pretensión anterior), por falta de competencia del señor Presidente de la República para hacerlo". (fl. 6).

Los HECHOS fundamentales de la acción, pueden resumirse, así:

1o. El artículo 1o. del Decreto 1987 utiliza la inflexión verbal futura "suprímanse" en lugar de la inmediata "suprímense" que es la indicada, por lo que con la forma de emplear el verbo no se estaría ejerciendo en debida forma la facultad prevista en el artículo 120 numeral 21 de la Constitución de 1886 y por consiguiente, los cargos relacionados en el decreto no quedaron suprimidos.

2o. Al comparar la relación de cargos del artículo 1o. del decreto demandado con los que crea el artículo 2o. ibídem, se aprecia que entre uno y otro no hay sino una "modificación", un simple aumento de sueldo.

3o. Los cargos creados por el artículo 2o. del decreto enjuiciado, corresponde a los mismos empleos que se pretendió suprimir en el artículo 1o. ibídem, puesto que no se trataba de suprimir cargos sino de "modificar" los existentes.

4o. De la simple lectura de la denominación de los cargos creados en el artículo 2o. en relación con los que se pretendió suprimir en el artículo 1o. del decreto en mención, se concluye que no se trata de cargos nuevos sino del aumento de la asignación mensual a los mismos cargos ya existentes, función ésta que corresponde al Congreso, según el artículo 76, ordinal 9o. de la Constitución de 1886.

5o. el Decreto adolece de falsa motivación, pues nada dice sobre los requisitos previos exigidos en la Ley para su expedición, a saber, concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil; aprobación previa del

manual descriptivo de empleos; evaluación del grado de cumplimiento del programa de que se trate; y que las obligaciones no excedan el monto global fijado para el servicio en la Ley de apropiaciones iniciales.

6o. Finalmente, el Decreto 1987 de 1987 nada dice en relación con las funciones correspondientes a los cargos que se crean en su artículo 2o. (fls. 9-13)

En el capítulo normas violadas y concepto de violación el accionante desarrolla los cargos, en términos generales así:

1.- Como el decreto acusado no fijó las funciones de los cargos creados, violó el artículo 62 de la Constitución Nacional.

2.- Se infringió el artículo 120 -21 de la Constitución de 1886, porque el artículo 2o. del decreto enjuiciado creó unos cargos que no fueron suprimidos por el artículo 1o. ibídem, lo que implica la existencia de dos empleos para unas mismas funciones, que es contrario al precepto constitucional en cita.

Además la norma constitucional no hace referencia a las Superintendencias, lo que indica que a estos organismos no puede aplicarse la facultad constitucional atribuida al Presidente en relación con los Ministerios y Departamentos Administrativos; las Superintendencias son organismos diferentes a los ministerios y por consiguiente, no están incluidos en la facultad que el comentado precepto constitucional asigna al Presidente de la República.

Tanto el artículo 66 de la Ley 4a de 1913 que consagra una regla general de competencia administrativa al Presidente de la República, como el artículo 74 del Decreto 1042 de 1978, son contrarios a la Constitución Nacional y por ello deben inaplicarse.

3.- Se transgredió el artículo 28 de la Ley 56 de 1985 que concedió por un año facultades al ejecutivo para reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio porque el decreto acusado se expidió con posterioridad a un año, y además, se contrarió el parágrafo del mismo artículo, porque se eludió la asesoría del Congreso como se previó en tal disposición. (fls. 14-19)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda, argumentando, en especial, que no hubo vicio de incompetencia al expedirse el decreto controvertido, en virtud de que el artículo 74 del Decreto 1042 de 1978, otorga expresamente al Presidente de la República la facultad de crear, suprimir, modificar y fusionar empleos en las Superintendencias, competencia que además por no estar atribuida a autoridad alguna en la Constitución, le corresponde al Presidente por tener la regla general de competencia, prevista en el artículo 66 de la Ley 4a. de 1913. (fls. 69-70).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal, la Sala procede a decidir, siguiendo el orden de formulación de los cargos y previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o. Afirma el demandante que el Decreto 1987 de 1987 quebrantó el artículo 63 de la Constitución de 1886 porque creó cargos sin señalar sus funciones.

Por el decreto acusado " se modifica la planta de personal de la Superintendencia de Industria y Comercio suprimiendo unos cargos creando otros". El hecho de que en él no se hubieren señalado las funciones de los nuevos cargos no presupone que estos carezcan de ellos, pues el decreto 1042 de 1978 describe en forma general las funciones de los empleos nacionales según el nivel a que pertenezcan y el Decreto 2759 de 1979 señala la naturaleza general de las funciones de cada una de la denominación de empleos de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

Por otra parte ninguna disposición legal obliga a señalar en el acto que conforma una planta de personal, las funciones específicas de cada empleo, por el contrario, ello según el artículo 82 del Decreto 1042 de 1978, debe hacerse en el "manual de funciones de la entidad ". No prospera el cargo.

2o. Asevera, así mismo el decreto demandado es contrario al numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886, por dos razones: porque creó unos cargos para sustituir otros que no fueron suprimidos y porque la "facultad de: crear, suprimir o fusionar empleos" que otorga al Presidente el numeral en mención, sólo hace referencia a "los Ministerios y Departamentos Administrativos...", no a las Superintendencias.

En relación con el primer motivo de violación observa la Sala que el hecho de que el decreto no hubiera suprimido cargos es una interpretación personal del censor, del vocablo "suprímanse" utilizado impropiamente por el ejecutivo pero que no corresponde a la realidad, pues del contexto del decreto no queda duda alguna de que lo que se decreta es una modificación a la planta de personal, suprimiendo unos cargos y creando otros. Por lo demás si así no lo fuese, no ve la sala cómo pudo transgredirse el numeral 21 del artículo 120 de la anterior Carta que en nada se refería al número de cargos que podrían tener los diferentes organismos de la rama ejecutiva.

En cuanto al segundo motivo, o sea la falta de competencia del Presidente para crear y suprimir cargos en la Superintendencia, basta decir que el artículo 74 del decreto 1042 de 1978 expresamente lo faculta para crear y suprimir cargos en éstas y que no hay lugar a aplicar respecto de esta disposición la excepción de inconstitucionalidad que reclama el impugnante, pues antes

que contrariar el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, la desarrolla como quiera que debe entenderse que esta norma constitucional al mencionar los "ministerios y departamentos administrativos", que son los organismos principales de la administración central, se refirió a toda la rama ejecutiva centralizada del orden nacional, a la cual pertenecen las Superintendencias.

Refuerza lo anterior, el artículo 66 de la Ley 4a de 1913 que establece una regla de competencia residual a favor del Presidente de la República en todo lo relativo a la administración general que no está especialmente atribuido a otros poderes públicos, pues aun cuando no lo hubiere expresado el artículo 74 del decreto 1042 de 1978, según esta disposición tal facultad que es administrativa, le correspondería al Presidente. Pide el actor se inaplique también este precepto pero no expresa por qué razón lo considera contrario a la Constitución luego no cabe pronunciamiento al respecto.

3o. Con respecto a la circunstancia de que se hizo uso en forma extemporánea de las facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo en la Ley 56 de 1985, el cargo no tiene ninguna consistencia, pues el decreto acusado no se expidió en ejercicio de facultades extraordinarias, sino para dar viabilidad al Decreto 1918 de 1986 por el cual se ejercieron tales facultades reestructurando la Superintendencia.

Igual consideración cabe en relación con la no observancia del parágrafo del artículo 28 de la Ley 56 de 1985 por haberse "eludido la asesoría del Congreso impuesta por la Ley" pues se repite, el decreto demandado no se expidió en ejercicio de esas facultades, sino en cumplimiento de funciones propias asignadas al Presidente de la República en el artículo 120-21 de la Constitución de 1886 y el decreto extraordinario 1042 de 1978.

Lo razonado es suficiente para llegar a la conclusión de que con la expedición del acto demandado no se contrariaron las disposiciones constitucionales y legales citadas como quebrantadas en la demanda, por lo que no es del caso acceder a la nulidad de los artículos 1o. y 2o. del decreto 1987 de 20 de Octubre de 1987.

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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Reconócese a la doctora Maritza Hidalgo Anibal como apoderado de la NACION, Ministerio de Desarrollo Económico, en los términos del poder que obra a folio 84.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y ocho (18) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Jaime Mossos Guarnizo,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD-Facultades/**HOSPITAL**-Administración

Por mandato del artículo 3o. del Decreto 056 de 1975 cuya aplicabilidad la reitera el Decreto Extraordinario 350 de 1975, artículo 1o., no es el Gobernador quien tiene la capacidad de la administración de los asuntos de las unidades regionales (hospitales) adscritas al Servicio Seccional, sino dicho Servicio Seccional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente: Doctor Joaquín Barreto Ruiz

Referencia: Expediente Nº. 4942 Autoridades Departamentales. Actor: Hector Julio Morales Morales.

1o. Se le reconoce personería al abogado Cesar Augusto Solanilla Chavarro como apoderado del Departamento del Tolima.

2o. Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el actor HECTOR JULIO MORALES MORALES contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de Enero de 1990, que le negó la declaración de silencio administrativo respecto a una petición formulada al Gobernador y la nulidad de las resoluciones expedidas por el Jefe de la Unidad Regional de Salud y Director del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué y el Jefe del Servicio Seccional del Tolima, por medio de las cuales se

le reconoció determinada suma a título de recargos nocturnos y se le negaron sus pedimentos por horas extras diurnas o nocturnas, dominicales y festivos, intereses corrientes, moratorios y corrección monetaria.

En los hechos de la demanda relata el actor que se vinculó laboralmente al mencionado Hospital; que el 2 de Abril de 1987 presentó solicitud al Gobernador del Tolima para que se le reconocieran las sumas de dinero correspondientes a los conceptos laborales arriba mencionados; que a la anterior solicitud le dio respuesta parcial el Director del Hospital mediante resolución que oportunamente fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación, habiéndosele reconocido la suma de $467.242.89; que después de negarse la reposición, se concedió el recurso de apelación ante el Jefe del Servicio de Salud del Tolima, que fue resuelto declarando prescritos los derechos reclamados con anterioridad al 2 de Abril de 1984 y modificando la cuantía reconocida, la cual quedó en la suma de $137.229.40; que así se consumó un clásico atropello contra los legítimos intereses del demandante; que el gobernador guardó silencio respecto de la petición, omisión que no se subsanó por haberse dado traslado de la reclamación a las autoridades subalternas del Sistema Nacional de Salud; además en la relación de los hechos alegó respecto de varios puntos jurídicos que también expone el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación, con cita de jurisprudencia de esta Corporación.

Se invocan los artículos 84 y 85 del C.C.A., 2o., 16, 17, 30, 45, 63, 182, 194 numeral 2 y 215 de la Constitución Política anterior, 33 a 37 y 39 del decreto extraordinario 1042 de 1978 y 104, literal a), del decreto extraordinario departamental 783 de 1983.

El concepto de la violación se plantea con fundamento en haberse incurrido con la expedición de los actos acusados en el vicio de *incompetencia*, establecido en el artículo 84 del C.C.A. y en violación de normas, expedición irregular y falsedad en los motivos, subsumiendo a estas últimas la primera, a la cual se llegó porque corresponde al Gobernador con arreglo a los mandatos del artículo 194, numeral 2, de la Constitución dictar las providencias necesarias en todos los ramos de la administración, por ser el Servicio Seccional del orden departamental, como reiteradamente se ha reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado; que al expedir la Ley 9a. de 1973, el decreto extraordinario 694 de 1975 y los demás que se refieren al Sistema Nacional de Salud, así como el Decreto reglamentario 1468 de 1979, no se podía desconocer la autonomía de las Entidades Territoriales Departamentales, ni desconocer las facultades constitucionales de los Gobernadores de dictar aquellas providencias, sin quebrantar los artículos 2o., 20, 63 y 182 del mismo Estatuto Superior; que como de hecho así ocurrió, procede aplicar el artículo 215 *ibídem*, por ostensible oposición de esos ordenamientos con el aludido artículo 194, numeral 2o.; que fue indebida la resignación que hizo el Gobernador en los organismos del Sistema Nacional de Salud para responder

la petición que se le presentó el 2 de Abril de 1987 y abusiva la intervención de quienes la resolvieron reconociendo a medias los derechos y la reformatio in pejus en que incurrieron al desatar el recurso de apelación, y que "son válidas las disposiciones de orden legal en que se basaron las reclamaciones y las cuales fueron violadas por inaplicación". (fls. 16 a 20 y 58 - 59).

La sentencia apelada. Dio por no demostradas la incompetencia que alegó el actor, y la violación de las normas invocadas del decreto 1042 de 1978, porque concluyó que no eran aplicables al orden seccional, y además, no se expuso el concepto de su transgresión; en relación con el decreto departamental 783 de 1983, consideró el Tribunal que se aplicaba a la administración central del departamento.

La vista Fiscal. El Ministerio Público consideró que las pretensiones del actor se fundan en dos cargos; carencia de competencia de los funcionarios que expidieron los actos acusados y violación de los artículos ya mencionados del decreto 1042 de 1978, los cuales estimó no habían sido demostrados, razón por la cual en su opinión debe ser confirmada la sentencia apelada.

CONSIDERA LA SALA

1. Según los planteamientos del demandante para demostrar la incompetencia, partiendo del supuesto de que se trata de asuntos departamentales, habría que dejar de aplicar el decreto extraordinario 694 de 1975 -Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud- con apoyo en el artículo 215 de la Constitución Política anterior, según el cual en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, para concluir que el competente para dictar los actos acusados era el Gobernador del Tolima y no los Jefes de la Unidad Regional y del Servicio Seccional de Salud del mismo Departamento, conforme a los mandatos del artículo 194, numeral 2 del mismo cuerpo constitucional.

Ocurre, sin embargo, que la administración del Hospital demandado, como entidad adscrita al Servicio Seccional de Salud del Tolima, la tiene dicho Servicio Seccional, el cual puede delegare la realización de algunas actividades, conforme a los mandatos de los artículos 3o., 7o., y 21 del decreto 056 de 1975, cuya aplicabilidad la reitera el decreto extraordinario 350 de 1975, artículo 1o.

Ello significa que por mandato del referido artículo 3o., no es el Gobernador quien tiene la capacidad de la administración de los asuntos de las unidades regionales (hospitales) adscritas al Servicio Seccional, sino dicho Servicio Seccional.

Ahora bien, la constitucionalidad del mencionado artículo 3o. fue juzgado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de Agosto de 1975, por medio de la cual se concluyó que era exequible, no sólo dicha norma, sino todo el decreto 056 (Gaceta Judicial, tomos CLII y CLIII, págs. 138 - 148).

En tales condiciones, no es posible el estudio y eventual aplicación del artículo 215 de la Constitución anterior, frente a decisión expresa del órgano competente para controlar la constitucionalidad de las leyes y normas de tal categoría.

Consecuentemente, el vicio de incompetencia denunciado no logró demostrarse.

2. De lo anterior se deduce, además, que si el Jefe de la Unidad Regional podía resolver la petición que el actor había presentado al Gobernador del Departamento, no pudo configurarse el silencio administrativo de este funcionario, pues, en las condiciones vistas la solicitud del demandante fue resuelta en la vía gubernativa e inclusive recurrida.

3. Respecto de la falsa motivación y expedición irregular que se denuncian en la demanda, ellas se hacen consistir en que en la Resolución 2435 acusada "apenas si alude a que el actor "... se le efectuó la liquidación de los recargos nocturnos ordinarios y festivos, así como las horas extras diurnas y nocturnas", *pero sin hacer revelación de los pormenores de dicha liquidación* que puedan admitir una conformidad con los mismos, acompañada de una suficiente y lógica ilustración, razón por la cual dicho acto también está afectado del vicio de EXPEDICION IRREGULAR.-"

Observa la Sala sobre dichas causales de nulidad, que no se configuran, porque lo que se denuncia de la resolución 2435 acusada es una insuficiencia en su motivación, que obviamente no puede determinar que ella sea falsa o que haya sido expedida irregularmente, pues es distinto que algo contradiga la verdad o sea falso a que lo sea simplemente porque la afirmación de aquella no esté suficientemente explicada. Y de otro lado, la irregularidad en la expedición de un acto administrativo tampoco tiene que ver con la extensión o cantidad de su motivación o con si lógica, sino con la violación de los requisitos de forma que la ley haya establecido para su validez.

Estas causales de nulidad, tampoco pueden prosperar.

4. En relación con el quebranto ostensible del artículo 84 del C.C.A., observa la Sala que tal norma establece la acción de nulidad contra los actos administrativos y las causales de nulidad; en tales condiciones cuando la administración expide un acto administrativo, no aplica o hace uso de tal norma. Quienes pueden hacerlo, son el demandante de la acción de nulidad o de la que lleve consigo la nulidad de dichos actos, como la del artículo 85 ibídem, y el juez de lo contencioso administrativo.

Ni siquiera en la hipótesis de que un acto administrativo esté afectado por alguna de las causales de nulidad establecidas en aquella norma, puede afirmarse que con su expedición tal norma se violó. Se habrá sí configurado una de sus causales de nulidad allí previstas, lo cual es bien distinto.

Tampoco encuentra la Sala, consecuentemente, que los actos acusados hayan infringido el artículo 84 del C.C.A.

5. *Presunta violación por inaplicación de las disposiciones de orden legal en que se basó el reclamo del actor.*

En su reclamo en la vía gubernativa el demandante invocó los decretos 1042 y 1045 de 1978, artículos 168 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 01 de 1984.

Además, en la adición de la demanda (fl. 59), el actor invoca como violados por los actos que se acusa los artículos 33 a 37 y 39 del decreto extraordinario 1042 de 1978.

Sobre esta causal de nulidad, es pertinente advertir que no existe duda acerca de que el demandante no es empleado de orden nacional y, en tales condiciones, no le puede ser aplicable la normatividad de los decretos 1042 y 1045 mencionados, porque ellos están destinados a gobernar algunos empleos del orden nacional o del sector nacional, como lo anuncian tanto sus epígrafes, como el artículo 1o. de ambos decretos. al señalar su ámbito de aplicación.

De otro lado, manda el artículo 4o. del Código Sustantivo del Trabajo que "Las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten," Luego, mal pudo haberse infringido esta codificación.

Y en relación con el decreto 01 de 1984, que contiene dos artículos, el primero que adopta el C.C.A. y el segundo que señala si vigencia a partir del 1o. de Marzo de 1984, no ve la Sala cómo pudo haberse infringido por los actos acusados.

6. En lo atinente a la violación del decreto departamental 783 de 1983, es pertinente advertir que su texto no obra en autos y, no siendo de alcance nacional le correspondía al demandante demostrarlo, conforme a los mandatos del artículo 141 del C.C.A.

Esta causal de nulidad, no puede prosperar.

7. En relación con la presunta violación de las normas constitucionales arriba señaladas, la Sala debe reiterar su criterio según el cual por no gobernar

ellas en concreto los derechos reclamados, a su violación solo puede llegarse al verificar la transgresión de las normas legales que las desarrollan y, consecuentemente, como en el presente caso ya se vio que el demandante no logró demostrar que los actos acusados estuvieren viciados de nulidad, según las causales ya estudiadas, forzoso también resulta concluir que tampoco se acreditó la transgresión de las aludidas normas de la Carta.

8. En su alegato, la parte apelante plantea que el Tribunal debió anular los actos acusados porque el reconocimiento que se le hizo al actor *fue restringido*, como si el reconocimiento parcial de un derecho, de suyo, viciara el respectivo acto, lo cual no es acertado.

9. En la demanda no se formula acusación de nulidad alguna en contra de la resolución 707 del 5 de Abril de 1988, por haber declarado prescritos algunos derechos reclamados; simplemente se afirma, que fue abusiva la intervención de quienes la profirieron con reconocimiento a medias y con reformatio "in pejus". Solo en el alegato de la apelación se afirma que se violó el artículo 357 del C. de P.C.

Al respecto se debe recordar, que *la competencia* de la Sala está limitada por las causales de nulidad que haya invocado la parte demandante en su demanda, y no en la oportunidad para alegar en la apelación. La nulidad de la resolución 707 por la presunta violación de la referida norma del C. de P.C., no fue planteada en el libelo introductorio y por ello mal podía el Tribunal estudiarla. Menos, aún, lo puede hacer el Consejo de Estado en esas condiciones.

10. Censura la parte apelante la síntesis que hizo el Tribunal de los hechos y omisiones expuestos en la demanda. A juicio de la Sala la síntesis que hizo el juzgador de primer grado está bien lograda. Lo que ocurre es que en el fundamento fáctico planteado, existen no pocos apartes inútiles para el esclarecimiento del asunto debatido.

11. Finalmente observa la Sala, que con lo dicho han quedado estudiadas todas las causales de nulidad que se invocaron en la demanda y que como ninguna de ellas prosperó, no es posible adentrarse en alguno de los temas propios del restablecimiento de los derechos pretendidos.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de Enero de 1990 en el proceso promovido por HECTOR JULIO MORALES MORALES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 5 de Agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PLANTA DE PERSONAL-Modificación

Existiendo la necesidad administrativa de modificar la planta de personal con cargos adecuados y específicos previstos en la nomenclatura de cargos, contando con la disponibilidad presupuestal necesaria, teniendo los cargos creados, funciones específicas y exigiéndose a sus titulares el lleno de los requisitos como quedó establecido, y no siendo exigible el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil, se concluye que el acto acusado se expidió conforme a derecho y por lo tanto las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno

Referencia: Expediente Nº. 2042. Actor: Luis Arturo Bohórquez González. DECRETOS DEL GOBIERNO

LUIS ARTURO BOHORQUEZ GONZALEZ, en ejercicio de la acción de simple nulidad, solicita se declare la nulidad del Decreto No. 1885 de 1.985 mediante el cual el Presidente de la República creó y suprimió unos empleos de la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional.

Como hechos en que fundamenta su solicitud expresa que los delegados del Ministerio de Educación Nacional ante las Juntas Administradoras de los

Fondos Educativos Regionales, FER, se venían vinculando en los cargos de "Profesional Especializado", que con el decreto acusado se suprimen y en adelante se vincularán en los empleos de "Delegado del Ministerio de Educación Nacional - FER", lo cual conduce a que ya no los designe el Presidente de la República sino el Ministro de Educación, situación que origina diferentes presiones de tipo político.

Agrega el actor que el acto acusado suprimió cargos sin que se demostrara que estos eran innecesarios, sin tener estos nuevas atribuciones y sin existir el concepto previo y favorable del Consejo Superior del Servicio Civil, como lo dispone el Decreto Reglamentario 1950 de 1.973.

Como normas violadas cita los artículos 16, 17 y 120 -5- 21 de la C.N. (1.886), 2o. del Decreto Ley 2400 de 1.968, 8 a 12 y 39 a 44 del Decreto Reglamentario 1950 de 1.973 y 78, 82, 88 y 101 del Decreto Ley 1042 de 1.978.

El Ministerio de Educación Nacional se opuso a las pretensiones del actor por estimar que el Gobierno Nacional cambió los cargos de los Delegados ante el FER por necesidades del servicio, consistente en que como todo candidato a ocupar el cargo de Profesional Especializado, debe comprobar que ostenta no solo un título en educación superior sino una especialización el área correspondiente, y como existían delegados ante el FER en diferentes partes del país donde no es fácil conseguir profesionales con estos requisitos, era indispensable superar dicha exigencia, mediante la modificación de la planta de personal.

Señala el Ministerio de Educación Nacional que previamente el legislador amplió la nomenclatura de empleos con la creación del cargo de Delegado ante el FER, se obtuvo el certificado de disponibilidad presupuestal, se fundamentó la solicitud del cambio y se adicionó el Manual General de Requisitos Mínimos con la expedición del Decreto 862 de 1.985 en el cual se especificaron los requisitos para el desempeño de tal cargo.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron sus argumentos ya expuestos.

La *Fiscal Quinta* del Consejo de Estado solicita se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto el decreto acusado se expidió con el lleno de los requisitos legales exigidos y por lo tanto el acto sigue amparado por la presunción de legalidad.

Para resolver,

SE CONSIDERA

1) Como el actor fundamenta la acusación al Decreto 1885 de 1.985, con base en que el Gobierno Nacional no observó el lleno de los requisitos legales exigidos en los artículos 8 a 12 del Decreto Reglamentario 1950 de 1.973 y 78, 82, 88 y 101 del Decreto Ley 1042 de 1.978, deberá examinarse si le asiste razón al demandante.

2) Los artículos 8 a 12 del D.R. 1950 de 1.973, se encuentran en el capítulo II del título segundo, bajo la denominación de "De la Creación, Supresión y Fusión de Empleos".

El artículo 8o. prescribe que la creación de los cargos en las plantas de personal son viables si ellos se ajustan a la nomenclatura de cargos, a los manuales, a las funciones, a la remuneración de los cargos y además a que con su creación no se exceda el monto global de las apropiaciones.

Exige también el concepto previo del Consejo Superior del Servicio Civil.

El artículo 9o., regula que estos decretos requieren las firmas del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, la del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil y la del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

El artículo 11 señala los requisitos que la entidad debe cumplir ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil para el trámite de modificación a la planta de personal a saber: a) certificado de disponibilidad presupuestal, b) funciones y requisitos para el desempeño del cargo, c) copia del Decreto de Planta de Personal vigente y d) proyecto de decreto.

El artículo 12 expresa que estos mismos requisitos se exigirán para la creación, supresión y fusión de empleos en los establecimientos públicos.

3) Los artículos 78, 82, 88 y 101 del Decreto Ley 1042, prescriben lo siguiente:

"ARTICULO 78: DEL ESTUDIO DE LOS PROYECTOS DE ESTIMACION DE PLANTAS DE PERSONAL. En el caso de que se proyecten modificaciones en las plantas de personal, la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo del Servicio Civil estudiarán los proyectos respectivos, con el fin de asegurar su conformidad con las normas legales sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y con las políticas de administración de personal y de gasto público fijadas por el Gobierno para el período fiscal correspondiente.

El análisis de los proyectos de planta para cada programa presupuestario deberá considerar necesariamente la adecuación de sus actividades al número y a la naturaleza de los empleos propuestos.

La modificación de plantas estará precedida de una evaluación del grado de cumplimiento del programa de que se trate."

"ARTICULO 82: DEL MANUAL DE FUNCIONES Y DE REQUISITOS MINIMOS.

La descripción de la naturaleza general de las funciones que corresponden a cada empleo y la determinación de los requisitos específicos exigidos para su ejercicio, se hará en el manual general expedido por decreto del Gobierno.

Corresponde a cada una de las entidades a que se refiere el Artículo 1° del presente Decreto, elaborar el manual de funciones y requisitos de los empleos de su planta de personal, de acuerdo con el manual general de que trata este artículo.

Los manuales descriptivos de empleos serán refrendados por el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

La modificación de las plantas de personal requerirá aprobación previa del manual descriptivo de empleos correspondiente."

"ARTICULO 88: DE OTRAS MODIFICACIONES EN LAS PLANTAS

Las modificaciones de planta que contemplen creación o reclasificación de empleos deberán sujetarse al trámite regular fijado de este Decreto."

"ARTICULO 101: DE LA CORRECCION DE LAS PLANTAS DE PERSONAL

Una vez hecha la incorporación de los empleados a las plantas de personal ajustadas al nuevo sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, las entidades a que se refiere el Artículo 1° de este Decreto, procederán a estudiar, con la asesoría del Departamento Administrativo del Servicio Civil, las modificaciones que fuere necesario introducir en sus plantas de personal para efectos de corregir eventuales distorsiones en la distribución jerárquica de los empleos.

Estas modificaciones se harán mediante el trámite ordinario."

4) De la comparación de las normas transcritas y los artículos del Decreto 1950 de 1.973 se concluye que el Decreto Ley 1042 de 1.978 modificó

aquellas y por lo tanto, habrá de examinarse si el decreto acusado cumplió con estos nuevos requisitos.

5) Quedó probado en el expediente la necesidad de sustituir los cargos de "Profesional Especializado", por el de "Delegado del Ministro de Educación Nacional FER", pues es indudable que siendo aquél, un cargo genérico pueda preferirse en la planta de personal al empleo específico como el antes señalado. Si la ley creó en la nomenclatura de empleos un cargo de esta naturaleza y que se ajusta a las necesidades del Ministerio de Educación Nacional, el Presidente de la República podía crearlo válidamente en dicha planta de personal, de quien pudiera ser el nominador, pues en este caso prima la necesidad del servicio antes que las atribuciones nominadoras.

6) En efecto, el artículo 3o. del Decreto Ley 140 del 14 de Enero de 1.985, dijo al respecto:

"Adiciónase la nomenclatura de empleos del Nivel Profesional establecida en el artículo 25 del Decreto Ley 1042 de 1.978, así:

Denominación	Código	Grado
Delegado del Ministro de Educación FER	3095	08
Secretario de Junta Seccional	3100	09

Escalafón. "

Por este aspecto no le asiste razón al actor en su ataque al decreto acusado.

7) El Gobierno Nacional expidió el Decreto 862 de 22 de Marzo de 1.985 con el objeto de señalar los requisitos mínimos exigidos para desempeñar el cargo de Delegado del Ministro de Educación Nacional, y en su artículo primero expresó:

"ARTICULO 1o. Adiciónase el artículo 12 del Decreto 1577 de 1.979, con los siguientes requisitos mínimos para el ejercicio de los empleos a que se refiere el artículo 3o. del Decreto 140 de 1.985:

CODIGO	GRADO	DENOMINACION
3095	08	DELEGADO DEL MINISTRO DE EDUCACION NACIONAL -FER- Título de formación universitaria y cuatro (4) años deexperiencia".

"Como puede observarse los requisitos para el desempeño del empleo, son diferentes a los de Profesional Especializado, y más asequibles a las circunstancias del recurso humano en las diferentes y apartadas poblaciones del país. En efecto, el Decreto 1577 de 1,979 Manual de Requisitos Mínimos exige para el Profesional Especializado 3010-08 y 09 los siguientes requisitos:

"PROFESIONAL ESPECIALIZADO

3010-08: Grado universitario, curso de especialización o postgrado.

3010-09: Grado universitario, curso de especialización o postgrado y un año de experiencia."

8) Sobre las causales que motivaron la supresión y creación de cargos mediante el acto acusado, conviene transcribir lo que al respecto dijo el Ministerio de Educación Nacional al Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

"13 de Marzo de 1985

Doctor

LUIS FERNANDO ALARCON MANTILLA

Director General de Presupuesto

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Ciudad

Apreciado Doctor:

Con la presente tengo el gusto de hacerle conocer la situación que actualmente afronta el Ministerio de Educación Nacional en lo referente a los Delegados de los FER y Jefes Seccionales de Escalafón ante los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá.

Dichos funcionarios se encuentran nombrados como Profesionales Especializados 3010-08 y 09, cuya función principal es participar en las Juntas Administradoras de los FER y atender todo lo relacionado con el escalafón y disciplinarios de los docentes a nivel seccional, así como representar a la Nación en los Tribunales por demandas de los maestros. Para su nombramiento se exige como requisito mínimo lo establecido en el Decreto 1577 de 1979, es decir ser profesional especializado, La experiencia nos ha probado que este requisito es imposible de cumplir, dado que la sede de estos cargos está ubicada en ciudades donde no se consigue este tipo de personal y a las cuales no se desplaza quien ya posee una especialización.

Lo anterior llevó al Ministerio de Educación, en coordinación con el Departamento Administrativo del Servicio Civil y el Ministerio de Hacienda, a expedir el Decreto Ley 140 del 14 de Enero del presente año, el cual adiciona la nomenclatura establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978, de la siguiente manera: Delegado del Ministro de Educación Nacional FER 3095-08 y Secretario de la Junta Seccional de Escalafón 3100-09, permitiendo establecer requisitos más asequibles para cubrir estos cargos con personal calificado y mayor experiencia administrativa.

Es importante doctor Alarcón, que usted tenga presente que con esta adición no se incrementa la nómina y que solamente busca el Ministerio de Educación Nacional lograr con personal de mayor disponibilidad para laborar en esas regiones, hecho que hoy se nos dificulta ampliamente.

De acuerdo con lo anterior y conforme a lo ordenado en el artículo 75, literal c) y 78 del Decreto 1042 de 1978, me permito remitir para su estudio, consideración y aprobación, el proyecto de decreto por el cual se suprimen 33 Profesionales Especializados 3010-08, dependientes de la División de Coordinación de los FER y 32 Jefes de Escalafón 3010-09, dependientes de la División de Escalafón y Carrera Docente, para adecuarlos a la denominación que se aprobó en el Decreto 140 de 1.985.

Para mayor ilustración al respecto, anexo a la presente los Decretos Nos. 1775 y 1778 de 1980 y el cuadro comparativo de costos.

Agradezco su colaboración al atender esta comedida solicitud.

Cordialmente,

GONZALO ARBOLEDA PALACIO

Secretario General ".

Por consiguiente, no le asiste razón al actor respecto al ataque que por este aspecto le hace al acto acusado.

9) En cuanto se refiere a las funciones de los Delegados Regionales del Ministerio de Educación Nacional ante los FER, conviene señalar que ellas se fijaron en el Decreto 1723 de 1.977 y por consiguiente, no le asiste razón al demandante cuando impugna el acto manifestando que los cargos creados carecían de funciones por desarrollar (Fl. 93).

10) Sobre la disponibilidad presupuestal existente para la creación de los cargos en el acto acusado, deberá decirse que ella existía y fue así como lo certificó el Director General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dijo dicho funcionario lo siguiente:

"Doctor

GONZALO ARBOLEDA PALACIO

Secretario General

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

Ciudad

Apreciado doctor:

De manera atenta me refiero a su oficio No. 09882 de 18 de Marzo del presente año, mediante el cual envía para estudio, consideración y aprobación el Proyecto de Decreto "Por el cual se suprimen y crean unos cargos en la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional".

Al respecto, comedidamente me permito manifestarle que tomando en consideración que la modificación que se proyecta adelantar no representa incrementos en el número de cargos de la planta de personal, ni dentro del valor de la nómina, además de que en un estudio de la Subdirección de Programación Presupuestal encuentra procedente el trámite del proyecto por contar con los recursos suficientes para sufragar los costos que representa la medida, la Dirección General del Presupuesto imparte el concepto de viabilidad presupuestal a la modificación propuesta.

Este concepto se emite a efectos de que se continúe con los trámites correspondientes ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Sin otro particular reciba mi atento saludo,

LUIS FERNANDO ALARCON MANTILLA.

Director General del Presupuesto. "

Por consiguiente, se concluye que existiendo la necesidad administrativa de modificar la planta de personal con cargos adecuados y específicos previstos en la nomenclatura de cargos, contando con la disponibilidad presupuestal necesaria, teniendo los cargos creados, funciones específicas y exigiéndose a sus titulares el lleno de requisitos como quedó establecido, y no siendo exigible el concepto del Consejo Superior del Servicio Civil, se concluye que el acto acusado se expidió conforme a derecho y por lo tanto las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

PRIMERO: *DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA Y POR LO TANTO NO SE ACCEDE A DECLARAR NULO EL DECRETO No. 1885 DE 11 DE JULIO DE 1.985 EXPEDIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.*

SEGUNDO: Dense las comunicaciones de rigor.

TERCERO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintinueve (29) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1992).-

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION GRACIA/ PENSION NACIONAL- Incompatibilidad

A la luz de las disposiciones vigentes no es dable jurídicamente reconocer a un educador dos pensiones de jubilación con cargo a la Nación; la compatibilidad establecida en la Ley 114 de 1913 se refiere a la pensión gracia con la pensión departamental y, como requisito para conceder la primera se exige que el beneficiario no reciba pensión o recompensa de carácter nacional. Si bien es cierto la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a quienes hubieran trabajado en escuelas normales y autorizó computar para esos efectos los servicios prestados tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, esta ley no eliminó la incompatibilidad con otra pensión nacional. Tampoco lo hizo la ley 37 de 1933 al hablar de establecimientos de enseñanza secundaria puesto que antes de la nacionalización de la educación, tanto la enseñanza de tipo normalista como la secundaria se impartía también en establecimientos dependientes de los departamentos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 4446 Autoridades Nacionales. Actor: Alberto Hoyos Tobón.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de junio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

ANTECEDENTES:

El señor Alberto Hoyos Tobón, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", solicitó ante el citado Tribunal se acceda a las siguientes peticiones:

> "PRIMERA: Declarar que es parcialmente nula la Resolución No. 15862 del 25 de noviembre de 1987, originaria de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, en cuanto por ella se negó implícitamente el reconocimiento de la Pensión Derecho de mi mandante, a que tiene vocación según el Decreto 3135 de 1968 y demás normas concordantes.
>
> SEGUNDA: Declarar que es nula la Resolución No. 1453 del 29 de abril de 1988, originaria de la Dirección General de la Caja Nacional de 68, 73 y 77 del decreto 1848 de 1969; artículos 1 y 3 de la ley 114 de 1913; artículo 29 del Código Contencioso Administrativo; Ley 37 de 1933; articulos 3, 4 y 13 de la ley 39 de 1903; artículos 1 y 2 de la ley 4 de 1976; artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 27, 30 y 31 del Código Civil; artículo 2 de la ley 153 de 1887 y ley 116 de 1928 (folio 15 ibídem).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora manifiesta que la pensión del demandante regulada por el decreto 3135 de 1968 es compatible con la pensión de gracia y, por ende, se le debieron reconocer las dos pensiones; que sin embargo en el caso sub-lite la Caja Nacional de Previsión Social afirmó que la pensión gracia es incompatible con el hecho de percibir otra pensión de carácter nacional, que en este asunto era la otra pensión reclamada por el actor con fundamento en el decreto 3135 de 1968; que los educadores siempre han tenido un régimen de personal especial y también un régimen prestacional con este carácter; que en el caso sub-lite merece especial atención el numeral 3 del artículo 4 de la ley 114 de 1913, ya que conforme a dicho numeral el educador que quiera ser beneficiario de la pensión gracia debe comprobar que no recibe otra pensión o recompensa de carácter nacional y la disposición indica que un maestro puede recibir a un mismo tiempo "sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por el Departamento"; que en este caso la referida caja de previsión no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 116 de 1928 y lo estatuido en el artículo 3 de la ley 37 de 1933; que cuando se expidieron estas leyes y de la ley 114 de 1913, ya se encontraba vigente la ley 39 de 1903, según la cual la instrucción primaria estaría a cargo de los departamentos, la instrucción secundaria a cargo de la

nación y la instrucción normalista igualmente a cargo de ésta; que por consiguiente el efecto de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 es el de reconocer una pensión graciosa por servicios prestados a la Nación y no exclusivamente a las entidades territoriales; que acorde con los lineamientos jurisprudenciales el educador que haya laborado en primaria o en normales o en inspectoría educativa o que habiendo iniciado su labor educativa en primaria complete 20 años de servicio en la secundaria, tiene derecho a la pensión graciosa, compatible con la pensión derecho.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que como la pensión gracia establecida en la ley 114 de 1913 tiene carácter nacional y la estatuida en el decreto 3135 de 1968 sería también reconocida por servicios a la Nación, la decisión administrativa adoptada por la Caja Nacional de Previsión Social estuvo ajustada a derecho, sin que se hubiera dado en el caso sub-exámine violación de ninguna de las disposiciones citadas en el libelo. (folios 62 a 77 ibídem).

EL RECURSO

En el escrito de sustentación del recurso de apelación (folios 84 a 92), expone la parte actora las razones de su inconformidad con la sentencia apelada, que son sustancialmente iguales a las manifestadas en el escrito demandatorio, por lo que solicita a esta Corporación se revoque el fallo recurrido y se acceda a las súplicas del libelo.

Proceda la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A través de los actos impugnados en el presente proceso, proferidos por la Caja Nacional de Previsión Social, se reconoció al demandante la denominada pensión gracia estatuida en la ley 114 de 1913 y se negó la pensión de jubilación ordinaria consagrada en el decreto 3135 de 1968.

En la parte motiva de la resolución acusada No. 15862 de noviembre 25 de 1987, dictada por el Subdirector de Prestaciones Económicas del citado establecimiento público se manifestó lo siguiente:

> "Advertida la confusión del apoderado se observa que el interesado cumple con lo requisitos para la pensión por Ley 114/13 o por Decreto 3135/68 y Ley 33/85 por lo cual, habiendo concurrencia se opta por declarar el derecho con la disposición más favorable cual es la Ley 114/ 13 por cuanto solo exige 50 años de edad y el goce de pensión le ampara por 5años más, no obstante el disfrute de esta pensión es incompatible

con el percibimiento de otra pensión de carácter Nacional, por tanto, una vez reconocida y aceptada la Entidad no podrá en virtud del Decreto 1848/69 y Ley 33/85 hacer reconocimiento alguno a pesar de que el peticionario al cumplir con los requisitos para esta pensión se encuentra con afiliación forzosa a Cajanal por estar prestando servicios en el Colegio Nacional Jesús María Ocampo de Armenia-Quindío, cuyo personal es nombrado por el Ministerio de Educación Nacional". (folios 3 y 4 cdo. ppal).

Y la resolución No. 1453 de abril 29 de 1988, que resolvió el recurso de apelación se expresaron argumentos similares para confirmarla.

La Sala comparte los planteamientos hechos por el a-quo en el fallo recurrido y, por ende, habrá de confirmar la sentencia apelada, pues el criterio expuesto por el Tribunal del conocimiento en este asunto se identifica con el que sobre el particular tiene la Corporación.

A la luz de las disposiciones vigentes no es dable jurídicamente reconocer a un educador dos pensiones de jubilación con cargo a la Nación; la compatibilidad establecida en la ley 114 de 1913 se refiere a la pensión gracia con la pensión departamental y, como requisito para conceder la primera se exige que el beneficiario no reciba pensión o recompensa de carácter nacional.

Si bien es cierto la ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a quienes hubieren trabajado en escuelas normales y autorizó computar para esos efectos los servicios prestados tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, esta ley no eliminó la incompatibilidad con otra pensión nacional. Tampoco lo hizo la ley 37 de 1933 al hablar de establecimientos de enseñanza secundaria puesto que antes de la nacionalización de la educación, tanto la enseñanza de tipo normalista como la secundaria se impartía también en establecimientos dependientes de los departamentos.

Finalmente es preciso anotar, que la ley 91 de 1989, no citada en el libelo sino en el alegato de conclusión en la segunda instancia y que es analizada por el señor Fiscal, no puede ser tenida en cuenta en este caso por cuanto fue expedida con posterioridad a las resoluciones acusadas y aún a la presentación de la demanda.

Pero también esa ley exige en su artículo 15 ordinal 2º, que se cumpla la totalidad de los requisitos exigidos en la ley 114 de 1913 para el reconocimiento de la pensión gracia a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980.

Esta norma de excepción lo que pretende es dejar a salvo los derechos adquiridos a esa prestación y que podrían verse afectados con la nacionalización

de la educación, pero no consagra pensión gracia por servicios a entidades nacionales.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada de junio 13 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso incoado por el señor Alberto Hoyos Tobón.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 5 de agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente*; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Salva voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ISS/ FUNCIONARIO DE CARRERA/TRASLADO

El artículo 59 del Decreto 413 de 1980 consagra el privilegio para los funcionarios escalafonados de intercambiar sus empleos si se dan los requisitos allí contemplados y el instituto lo estima conveniente. Pero esta prerrogativa no enerva la facultad del nominador otorgada en el inciso segundo del artículo 15 del Decreto 1651 de 1977, para disponer el traslado puro y simple de funcionarios, o a manera de permuta, así no medie la correspondiente solicitud de los traslados, por necesidad del servicio. O sea, que el traslado o la permuta pueden producirse, bien por iniciativa del nominador, o bien a petición de los funcionarios interesados, caso en el cual se estará frente a la hipótesis contemplada en el artículo 59 del Decreto 413 de 1980. Son dos formas de efectuar traslados o permutas entre los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales: a voluntad de la administración, o a petición de los interesados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 4466 Autoridades Nacionales. Actor: Ernesto Páez Páez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Ernesto Páez Páez contra la sentencia de 9 de junio de 1989 proferida por el Tribunal

Administrativo del Cesar, en el proceso que promovió con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 00003141 de 22 de julio de 1988 expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se declaró vacante el empleo de Jefe de la División de Personal Clase I grado 35 de la Seccional Cesar que el actor venía desempeñando y el consiguiente restablecimiento del derecho. De igual manera, impetró la nulidad de la Resolución No. 2136 de 18 de mayo de 1988 del mismo director general, que dispuso su traslado de la seccional mencionada a la de Norte de Santander y la declaratoria de que el demandante debe permanecer en la Seccional Cesar, o subsidiariamente, que no está obligado a aceptar el traslado.

LA SENTENCIA RECURRIDA

En la sentencia se denegaron las pretensiones de la demanda por cuanto se consideró que los actos acusados no violan las normas invocadas como tal en la demanda. En efecto, no se transgredieron los artículos 29, 30 y 31 del Decreto 1950 de 1973 porque este estatuto no es aplicable a los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales, pues el traslado del personal de esa entidad se gobierna por lo dispuesto en los artículos 15 del Decreto 1651 de 1977 y 59 del Decreto Reglamentario 413 de 1980; tampoco se quebrantó el artículo 59 del decreto últimamente citado porque en él se regula una modalidad de traslado - a solicitud de los funcionarios- distinta de la empleada en el *sub-lite*, puesto que la administración actuó oficiosamente; no hubo infracción de los artículos 15 y 122 del Decreto 1651, el primero de los cuales permite al nominador efectuar permutas de funcionarios que desempeñen cargos afines para cuyo ejercicio se exijan requisitos similares y con la misma asignación, porque en este caso, se ordenó el traslado del accionante de la Seccional Cesar a la de Norte de Santander para desempeñar un cargo igual al que ejercía en Valledupar y el segundo establece una prelación de los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales inscritos en la carrera para ser trasladados a otras sedes cuando así lo solicitaren y el señor Páez Páez, no pidió su traslado.

De otra parte, el actor debió cumplir el traslado y no ampararse en el subterfugio de que no lo hizo porque incurría en abandono de cargo, pues éste se "tipifica cuando el abandono es sin justa causa y ya vimos como la causa encontraba asidero en la resolución de traslado" (folio 147). Por no asumir las funciones de su cargo en la nueva sede, se produjo su separación del servicio, decisión tomada con base en el literal h) del artículo 18 del decreto 1651 de 1977, concluye el *a-quo*.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Al sustentar la apelación, el recurrente insiste en que las normas del Decreto 1950 de 1973 son aplicables a los funcionarios del Seguro Social, puesto que el artículo 29 del citado decreto, se halla vigente, establece que los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y

permutas deben ajustarse a lo dispuesto en él. Asimismo aduce, que aceptando el a-quo que hubo una permuta entre él y el Jefe de la División de Personal de la Seccional de Norte de Santander, sin que mediara petición de ellos, debía concluir que se infringió el artículo 59 del Decreto 413 de 1980 y, por tanto, el acto administrativo que dispuso el traslado en esas condiciones, es nulo.

El impugnador objeta también el alcance que el fallador de primera instancia dio a sus planteamientos sobre la transgresión del artículo 122 del Decreto 1651 de 1977, porque ésta se presenta debido a que la prerrogativa que allí se consagra en favor de los funcionarios inscritos en carrera, se traduce en el derecho que éstos tienen de no ser trasladados si no lo han solicitado.

Finalmente, reitera que debió encargarse a un funcionario de la Jefatura de Personal de la Seccional Cesar a quien él le pudiera hacer entrega de la misma, diligencia que tomó varios días, de modo que tratándose de un servicio público, "no es admisible que de modo tan simplista se colija que el actor debió irse inmediatamente a Cúcuta a recibir el otro cargo (con la probable duración de varios días en su entrega) y, entre tanto, ¿Qué habría ocurrido en Valledupar con la continuidad del servicio público?" (folio 154).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, luego de manifestar las razones por las cuales comparte la decisión del a-quo, solicita la confirmación del fallo apelado.

Cumplido el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se cuestiona la sentencia porque según el apelante, en el sub-lite sí son aplicables los artículos 29, 30 y 31 del Decreto 1950 de 1973, por mandato del último inciso del artículo 29 IBIDEM.

Reza así el inciso citado:

> "Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este decreto".

Sobre el particular se observa que el Decreto 1950 de 1973 tiene el carácter de estatuto reglamentario y el Decreto 1651 de 1977 ostenta la categoría de ley, de suerte que de acuerdo con el orden jerárquico de prelación de las normas, el legislador extraordinario no estaba obligado a observar las regulaciones sobre traslados contemplados en el citado decreto reglamentario. Sin embargo, como bien lo sostiene el apelante, las disposiciones especiales sobre traslados consagradas en el Decreto 1651 " no son *esencialmente* o

sustancialmente distintas, en su contenido, a las Disposiciones contenidas en el Decreto 1950 de 1973 (sobre traslados y permutas)" (folio 151). Es decir, que confrontados los actos que se demandan con los artículos 29, 30 y 31 del Decreto 1950 de 1973, se llegaría a idéntico resultado y por tanto a la misma decisión adoptada por el Tribunal.

De otra parte, la Sala considera desacertada la interpretación que hace el apelante del artículo 59 del Decreto 413 de 1980.

Reza así el artículo citado:

"De las permutas de Funcionarios. Cuando dos funcionarios escalafonados en un empleo de igual denominación, clase y grado de remuneración pero con jornada de trabajo de diferente duración deseen intercambiar sus empleos, podrá hacerse este movimiento con carácter de traslado, siempre que el instituto lo considere conveniente".

Se consagra en este precepto el privilegio para los funcionarios escalafonados de intercambiar sus empleos si se dan los requisitos allí contemplados y el Instituto lo estima conveniente. Pero esta prerrogativa no enerva la facultad del nominador otorgada en el inciso segundo del artículo 15 del Decreto 1651 de 1977, para disponer el traslado puro y simple de funcionarios, o a manera de permuta, así no medie la correspondiente solicitud de los trasladados, por necesidades del servicio. O sea, que el traslado o la permuta pueden producirse, bien por iniciativa del nominador, o bien a petición de los funcionarios interesados, caso en el cual se estará frente a la hipótesis contemplada en el artículo 59 del Decreto 413 de 1980.

Son dos formas de efectuar traslados o permutas entre los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales: a voluntad de la administración, que fue lo que ocurrió en el *sub-lite,* o a petición de los interesados.

No se ve entonces, cómo se pudo quebrantar el artículo 59 del Decreto 413 de 1980, puesto que lo ocurrido no encaja dentro de los supuestos de esta norma.

Similares reparos caben respecto del alcance que el censor da al artículo 122 del Decreto 1651 de 1977 que establece la prerrogativa para los funcionarios de carrera del Instituto de Seguros Sociales de ser trasladados cuando lo soliciten. La inteligencia dada a esta norma en la demanda conduciría a aceptar que nunca la autoridad nominadora, por necesidades del servicio, podría trasladar un funcionario de carrera del Instituto de Seguros Sociales, lo que iría en contradicción de lo prescrito en el ordenamiento jurídico acerca de la prevalencia del interés público o social en cuanto atañe a la prestación eficiente y adecuada de los servicios públicos, frente a los intereses del particular; en este caso, del funcionario encargado de prestarlos.

No son de recibo pues, los planteamientos del apelante sobre este aspecto.

En cuanto a los demás reparos que se hacen al fallo dirá la Sala que, como lo afirma el Tribunal, no resulta lógico pensar que un funcionario deje de cumplir una orden del nominador por temor a que si la cumple, se pueda considerar que incurrió en conductas contrarias a la buena marcha del servicio público, en este caso, abandono del cargo.

Estos son argumentos que no desvirtúan la juridicidad de los actos acusados.

De conformidad con lo expuesto, procede la confirmación del fallo apelado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989); proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en el proceso entablado por Ernesto Páez Páez contra el Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 5 de agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente*; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**COMUNICACION**

El acto administrativo por el cual el actor quedó separado del servicio, fue el Acuerdo No. 075 de 1986 y no el oficio que simplemente le comunicó tal situación. De manera que lo que se demandó como acto administrativo, en realidad no lo es; no contiene manifestación alguna de voluntad y, por ende, no pudo producir efectos jurídicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 4645 Asuntos Municipales. Actor: Hernando Gómez Rivas.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Cali contra la sentencia de 14 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

Se solicitó en este proceso la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 9-D.A. 640 de 31 de diciembre de 1986, suscrito por el Director Administrativo de la Auditoría ante las Empresas Municipales de Cali -EMCALI-, mediante el cual se le comunicó al actor su desvinculación

del cargo de sub-auditor dicha auditoría, en virtud de haber sido suprimido el cargo que ocupaba por Acuerdo No. 075 de 12 de diciembre de 1986.

En el escrito demandatorio se citaron como disposiciones violadas los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Política, 294 y 300 del Código de Régimen Municipal -Decreto 1333 de 1986- alegándose como causales de nulidad del oficio impugnado la desviación de poder, toda vez que para desvincular al accionante de la auditoría primó un claro motivo político, en cumplimiento del pacto celebrado el 23 de septiembre de 1986, entre representantes de los partidos liberal y conservador, del que quedó excluido el grupo del conservatismo que lideraba Rodrigo Lloreda Caycedo, en el cual aquél militaba; la expedición irregular, por ausencia de competencia de quien lo expidió, ya que lo suscribe el Director Administrativo de la Auditoría ante EMCALI, cuando sólo el auditor general ante esa entidad, como autoridad nominadora, podía declarar la insubsistencia de su nombramiento. Se afirma que es inexacto decir que la remoción del demandante se produjo a raíz de la supresión del cargo de sub-auditor efectuada por el acuerdo No. 075 de 1986, porque éste solamente se dejo de incluir en el presupuesto y, finalmente, alega la falsa motivación, en razón de que en el oficio acusado se aduce que la separación del servicio del actor se produjo como consecuencia de la supresión del cargo que ocupaba, pero ello no fue así.

El Tribunal del conocimiento, en primer lugar, declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, de carencia del derecho sustancial del actor y de caducidad de la acción, al considerar que no era preciso demandar el acuerdo No. 075 de 1986 del Concejo Municipal de Cali, porque el hecho de que en él no se haya presupuestado el cargo de sub-auditor de la auditoría ante EMCALI, no equivale a la supresión del mismo; que como el señor Gómez Rivas ocupaba dicho empleo era titular del derecho sustancial de impugnación contra el acto que dispuso su remoción y, finalmente, porque el término de caducidad de la acción debe contarse a partir de la fecha en que el actor conoció su desvinculación, esto es, la del oficio acusado -31 de diciembre de 1986-, y no desde la publicación del acuerdo 075 de 1986, como lo plantea la entidad demandada.

El *a-quo* accedió a las súplicas del libelista, con base en que el acto acusado adolece de falsa motivación, cuando afirma que el cargo de sub-auditor fue suprimido por el citado acuerdo cuando sólo se dejó de presupuestar lo que no equivale a la supresión del mismo y que el Director Administrativo de la auditoría ante EMCALI, se extralimitó en sus funciones, porque no era de su competencia "tomar decisiones sobre la vinculación o desvinculación de los Jefes de la Entidad" (fl. 207). De igual manera, estima que se incurrió en desviación de poder, porque se utilizó la facultad de libre nombramiento y remoción con fines ajenos al mejoramiento del servicio, ya que la desvinculación del accionante obedeció a motivos eminentemente políticos.

ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE

En la sustentación del recurso de apelación, el apoderado de la entidad demandada (fls. 216 y 217), sostiene que no obra en autos prueba testimonial válida que acredite que el oficio enjuiciado tuvo como causa eficiente un pacto político ilegal, que no fue reconocido ni ratificado dentro del proceso; que si a un empleo o cargo público se le suprime la partida presupuestal correspondiente, quien lo ocupa no puede continuar en él, pues tal determinación lo coloca fuera del servicio; y que conforme al artículo 39 de la ley 11 de 1986, la creación, supresión y fusión de empleos de las Contralorías Municipales corresponde a los Concejos.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Quinta de la Corporación en la vista reglamentaria conceptúa que debe revocarse la sentencia y proferirse decisión adversa a las súplicas de la demanda, por no haberse acusado el acuerdo No. 075 de 1986 del Concejo Municipal de Cali, a través del cual, se infiere, se suprimió el cargo de Sub-auditor de la Auditoría ante EMCALI que desempeñaba, ya que en él "se indica el número de empleos, la denominación de todos los cargos y la asignación mensual correspondiente a cada uno de los allí enumerados, entre los cuales no figura el que desempeñaba el demandante".

Y agrega la Agencia del Ministerio Público:

> "Es cierto que la supresión de un cargo, está sujeta a una serie de actuaciones previas de la administración, las cuales no se deducen claramente del Acuerdo mencionado, pero también lo es, que fue proferido por el Concejo Municipal de Cali, entidad competente para hacerlo, de conformidad con lo ordenado en los artículos 38 y 39 de la Ley 11 de 1985 y 289 del Decreto 1333 de 1986 y mientras no sea declarado nulo o revocado está vigente y se presume legal" (fl. 228).

No obstante lo anterior, señala la colaboradora fiscal que si no se aceptare lo anterior y con criterio de amplitud se entrare a resolver el fondo de la contención, su opinión es que el fallo impugnado debe confirmarse por falta de competencia de quien expidió el acto acusado, porque éste no es el nominador.

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Dirá la Sala en primer término que una simple comunicación no es, en principio, acto administrativo demandable, pues no contiene en sí una decisión; simplemente da cuenta de una que ya se tomó.

En atención a los planteamientos encontrados de las partes en litigio acerca del acto contentivo de la decisión administrativa mediante el cual se produjo la separación del servicio del accionante, ya que en criterio de éste ello ocurrió a través del oficio No. 9 DA 640 de 1986 del Sub-director administrativo de la Auditoría Fiscal ante las Empresas Municipales de Cali -EMCALI-, mientras que la entidad demandada afirma que tal decisión se adoptó mediante el Acuerdo No. 075 de 1986 del Concejo Municipal de dicha ciudad, la Sala deberá establecer, en primer término, qué actuación de la administración implicó la desvinculación del servicio del señor Hernando Gómez Rivas.

CONCEJO DE SANTIAGO DE CALI

ACUERDO No. 75 DE 12 DE diciembre de 1986.

'POR EL CUAL SE FIJA EL PRESUPUESTO DE CAPTACION Y DEMANDA ECONOMICA DE LA AUDITORIA FISCAL ANTE EL ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, PARA LA VIGENCIA FISCAL DE 1987'.

EL CONCEJO MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, en uso de sus atribuciones legales, y en especial de las conferidas en la Ley 1a. de 1984, Ley 11 de 1986 y el Decreto Reglamentario 1333 de 1986,

ACUERDA:

ARTICULO 1o.- Fíjase el presupuesto de Captación Económica de la Auditoría Fiscal ante las Empresas Municipales de Cali, para la vigencia de 1987, en CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES QUINCE MIL PESOS ($181.015.000.oo), así:

.....

ARTICULO 8o.- La Planta de personal (denominación y número de cargos) de la Auditoría Fiscal ante Emcali y sus asignaciones civiles serán las siguientes:

No. de Cargos	Denominación	Asignación mensual
1	Auditor	$ 200.000
1	Coordinador Comité	$ 165.000
1	Secretario General	$ 158.000

3	Jefes de Departamento	$ 133.100
1	Director Administrativo	$ 108.900
8	Jefes de Sección	$ 96.000
5	Abogados	$ 83.000
6	Analistas	$ 79.400
5	Visitadores	$ 79.400
1	Cajero General	$ 79.400
2	Auxiliares Administrativos	$ 79.400
12	Revisores I	$ 69.900
38	Revisores II	$ 50.800
1	Auxiliar de Archivo	$ 50.800
4	Secretarias Ejecutivas	$ 59.300
4	Secretarias	$ 50.800
8	Secretarias Auxiliares	$ 42.400
1	Recepcionista	$ 50.800
6	Motoristas	$ 36.300
4	Mensajeros	$ 36.300
3	Conserjes	$ 36.300

(fls. 82-83).

A pesar de que el encabezamiento del acuerdo conduce a pensar que su contenido sólo hace relación con la determinación del presupuesto de la Auditoría Fiscal ante EMCALI para la vigencia fiscal de 1987, lo cierto es que en él el Concejo Municipal adoptó otra decisión respecto de la planta de personal de esa institución: ello se desprende del artículo 8o..

El Concejo Municipal tenía competencia para hacerlo de acuerdo a los artículo 288 y 289 del Decreto 1333 de 1986. De modo que por el hecho de no estar contenida en un acuerdo municipal, en el cual exclusiva y específicamente se aprobará tal determinación, no puede desconocerse que el Concejo de Cali mediante el acuerdo citado reestructuró la planta de personal de la Auditoría Fiscal ante EMCALI, en la cual se señaló tanto la denominación de los cargos que la conformaban, como el número de éstos.

Si el cargo de Sub-auditor no fue incluido en esa planta, ni señalada su asignación, ni contemplada en el presupuesto, la persona que lo ocupaba no podía continuar en él y por tanto, no siendo funcionario escalafonado, su insubsistencia se producía automáticamente.

No hay entonces duda acerca de que el acto administrativo por el cual el señor Gómez Rivas quedó separado del servicio, fue el Acuerdo No. 075 de 1986 y no el oficio que simplemente le comunicó tal situación.

De manera que lo que se demandó como acto administrativo, como acertadamente lo sostiene el apoderado de la entidad demandada, en realidad no lo es; no contiene manifestación alguna de voluntad y, por ende, no pudo producir efectos jurídicos, lo que determina la improcedencia de cualquier pronunciamiento sobre su legalidad.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que no hay lugar a un pronunciamiento de mérito en relación con las pretensiones del libelista, lo que conduce a la revocatoria de la sentencia apelada y a la inhibición para fallar el fondo de la litis.

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 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de julio de 1989, en el proceso promovido por Hernando Gómez Rivas con el fin de obtener la nulidad del oficio 9 DA-640 de 1986 expedido por el Subdirector Administrativo de la Auditoría Fiscal ante EMCALI.

En su lugar, se declara inhibida la Sala para conocer del fondo del asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 5 de agosto de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

SUSPENSION PROVISIONAL-Objeto/ **SUSPENSION PROVISIONAL**- Efectos/**INSUBSISTENCIA**

La suspensión provisional tiene por finalidad evitar que un acto administrativo continúe surtiendo efectos, para evitar así los perjuicios que puede ocasionar mientras se profiere su juzgamiento definitivo. Pero si ese acto ya surtió todos sus efectos y quien decreta la suspensión provisional no está facultado para ordenar restablecimiento del derecho ni para volver las cosas al estado anterior, no tiene objeto suspenderlo provisionalmentes; corresponderá a la sentencia decidir sobre su legalidad y ordenar el restablecimiento de derechos individuales correspondientes. Para que la persona retirada del servicio por insubsistencia pueda reintegrarse se requiere o un nuevo nombramiento una orden judicial que sólo puede impartirse en la sentencia después de analizar si la remoción se ajustó o no a derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente Nº. 7143 Apelación Interlocutorios. Actora: Marisol García Martínez

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el Municipio de Rionegro y la Señora Dora María Arbeláez

González, contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 15 de noviembre de 1991, por el cual se decreta la suspensión provisional de la Resolución No. 149 de 1991 (octubre 2) expedida por el Concejo de ese Municipio.

ANTECEDENTES:

La Doctora Marisol García Martínez, fue elegida en propiedad, para desempeñar el cargo de Personera Municipal de Rionegro, Departamento de Antioquia, para el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1990 y el 31 de agosto de 1992 (fl.12).

El Tribunal decretó la suspensión provisional del acto por medio del cual el Concejo Municipal declaró insubsistente su nombramiento, teniendo en cuenta que una de las normas citadas como infringidas, el artículo 103 del C.de R.M. establece que los personeros municipales que ejerzan el cargo en propiedad, solo podrán ser removidos o suspendidos antes del vencimiento del período por decisión judicial o de la Procuraduría General de la Nación, y en este caso el Concejo obró por su propia cuenta, sin que hubiera decisión judicial o de la Procuraduría.

Las impugnaciones. Al impugnar esta decisión, la Doctora Dora María Arbeláez González, quien se desempeña como personera en reemplazo de la actora argumenta: que el artículo 103 del C. R.M. se refiere única y exclusivamente a la remoción y suspensión, entendiendo por "remoción" la destitución del cargo, y no la insubsistencia, que fue la figura utilizada por el Concejo, autoridad nominadora. Concluye diciendo que por tanto, no se da la manifiesta violación de esa norma ni de las demás invocadas.

El Municipio de Rionegro a través de su apoderado hace consistir su inconformidad con la suspensión provisional decretada, en que las normas invocadas, es decir, el artículo 103 del C. de R.M., y la Ley 3a. de 1990, perdieron vigencia frente a la Constitución de 1991, en donde no se consagró período para los funcionarios y su régimen quedó sometido a las leyes orgánicas que se expidan.

Para resolver,

SE CONSIDERA

A juicio de la Sala, la suspensión provisional no tiene cabida en este caso, mas no por las razones expuestas por los impugnadores. El argumento consistente en que cuando se habla de "remoción" debe entenderse "destitución" y no cobija la insubsistencia, es totalmente deleznable.

Un empleado puede ser removido de su cargo de varias maneras; una de ellas, declarándolo insubsistente, pues la insubsistencia implica la ruptura

del vínculo laboral con la Administración. No era necesario que el artículo 103 del C. de R.M. incluyera expresamente la insubsistencia pues ella está comprendida dentro de la remoción y esta figura pura y simple no tiene cabida cuando un funcionario es nombrado para un período determinado; tendrán que estar previstas en la ley las causales, como ocurre con los funcionarios escalafonados en una carrera.

Lo mismo puede predicarse de los argumentos esgrimidos por el señor apoderado del municipio.

En efecto, el período de los personeros municipales no ha estado nunca regulado en la Constitución; su régimen es legal y el existente no resulta contrario a ninguna disposición constitucional.

Sin embargo la Sala estima que en este caso no es procedente la suspensión provisional.

Como ya ha tenido oportunidad de expresarlo anteriormente en auto de 3 de junio de 1992, Expediente No. 6610, Actor Sergio Antonio Gómez Villamil, con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, la suspensión provisional tiene por finalidad evitar que un acto administrativo continúe surtiendo efectos, para evitar así los perjuicios que pueda ocasionar mientras se profiere su juzgamiento definitivo.

Pero si ese acto ya surtió todos sus efectos y quien decreta la suspensión provisional no está facultado para ordenar restablecimiento de derechos ni para volver las cosas al estado anterior, no tiene objeto suspenderlo provisionalmente; corresponderá a la sentencia decidir sobre su legalidad y ordenar el restablecimiento de derechos individuales correspondiente.

Es esa la situación que se plantea en este proceso. El acto de nombramiento, puso fin a la relación laboral e implicó la cesación definitiva de funciones.

Para que la persona retirada del servicio por insubsistencia pueda reintegrarse se requiere o un nuevo nombramiento o una orden judicial que sólo puede impartirse en la sentencia después de analizar si la remoción se ajustó o no a derecho. Esta tesis ha sido sostenida de tiempo atrás por el Consejo de Estado. Así lo indica el auto de 7 de marzo de 1959 - Anales 1960 Tomo 61 Bis Pag. 273: Sala Unitaria, Consejero Ponente Doctor Pedro Gómez Valderrama, que en su parte pertinente reza:

> "Es necesario señalar, por otra parte, que el amparo al cual tiende la suspensión provisional no tiene operancia en los casos de destitución de empleados, por cuanto el resultado final no se ve influido por la falta de suspensión. Por una parte porque si el proceso desemboca en la

conclusión final de que ha habido violación legal y se anula el acto respectivo, debe restablecerse el derecho en la medida en que ello sea conducente; si no hay lugar a restablecimiento, por no hallarse violación legal que de méritos para anular, el actor no ve tampoco menoscabado su derecho. En cambio, si en el último caso hubiese habido suspensión provisional, se habría producido un desequilibrio.

No procede, por estas razones el recurso de suspensión provisional contra las providencias de remoción de empleados; en el supuesto caso de una destitución injusta, que por determinados motivos produjese un perjuicio, el restablecimiento final del derecho, por las particulares consecuencias que envuelve, produce el mismo resultado final.

Y el hecho de no suspender la norma, no hace mayor el perjuicio. La razón del amparo establecido en el Código Contencioso Administrativo, es la de evitar un perjuicio, es decir, la de suspender la vigencia de un acto en cuanto ésta pueda ocasionar daño a situaciones jurídicas subjetivas. Pero mal puede suspenderse la vigencia de un acto que, como es inherente a su misma naturaleza, ha producido ya todos sus efectos. Diferente cosa es, ya al decidir sobre el fondo del asunto, decretar la anulación si es el caso, pues con ello se retrotrae la situación de orden jurídico anterior al momento en que se produjo el quebrantamiento de la norma".

Como la esencia de la suspensión provisional continúa siendo la misma a la luz de las disposiciones constitucionales y legales vigentes, la jurisprudencia transcrita conserva plena validez.

En este orden de ideas la Sala concluye, que por haber surtido ya todos sus efectos el acto acusado y no ser posible evitar con la suspensión provisional el presunto perjuicio que pudiera ocasionar, no es procedente suspenderlo temporalmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

Revocar el auto de 15 de noviembre de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto dispuso decretar "la suspensión provisional de la Resolución No. 149 y de la decisión tomada el dos de octubre de 1991 por el Concejo del Municipio de Rionegro, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la doctora Marisol García Martínez como personera de este Municipio."

En su lugar, niégase la suspensión provisional solicitada en la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 29 de julio de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

ACTO GENERAL/ ACTO PARTICULAR/ DEMANDA- Ineptitud

Al demandante le era imperativo, para obtener la declaración de nulidad de la resolución, lograr en primer término una declaración judicial de inaplicabilidad o de nulidad de aquellos actos administrativos de contenido general, como a bien lo hubiera. Al respecto es abundante la jurisprudencia de la Corporación sobre la forma como debe accionar quien pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, derivado de otro general que el actor también considera contrario a derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 4963. Autoridades Departamentales. Actor : Luis Guillermo Ocampo Saldarriaga.

1°. Se le reconoce personería al abogado José Roberto Vélez Arroyave, como apoderado sustituto del demandante.

2°. Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de diciembre 11 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que se declaró inhibido para dictar un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones dirigidas a obtener el pago de diferencias salariales y prestacionales con cargo al Departamento, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Constituye la parte fáctica de esta acción, el hecho de que la ley 43 de 1975 ordenó la nacionalización de la educación primaria y secundaria y que en el caso de los supervisores docentes de Antioquia, éstos se encontraban adscritos a la planta de cargos de la Secretaría de Educación de ese Departamento. Además, que la Administración seccional había reglamentado los cargos y funciones de estos servidores, ello a través de varios decretos del orden departamental, proceso de nacionalización que culminó el 31 de Diciembre de 1980, al decir de los hechos del libelo.

El proceder de la administración territorial se ajusta a la convicción de que los servidores docentes son empleados del orden departamental y no nacional. Al momento de la nacionalización de la educación, funcionaban ya los Fondos Educativos Regionales como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional, fondos a los que la Ley facultó la administración de los recursos económicos que tal nacionalización demandaba. En consecuencia, el FER de Antioquia profirió resoluciones en forma de acuerdos , actos mediante los cuales a partir de 1983 los supervisores docentes pasaron a ser considerados como empleados del orden nacional, pero cuyos salarios y demás prestaciones se siguen pagando con fondos del departamento.

Hay protuberantes incongruencias en los referidos acuerdos y ellos introdujeron un cambio fundamental en las condiciones de trabajo, en los derechos laborales y demás prestaciones sociales de estos supervisores. Por ende , el demandante reclamó del Departamento en Junio de 1985, el pago de los emolumentos dejados de percibir con deducción de los que le fueron reconocidos y pagados por el FER. Mediante resolución No. 35061 de Marzo 27 de 1987, cuya anulación se pretende, la administración departamental le negó su petición y declaró terminada la vía gubernativa, concluye diciendo el acápite de los hechos.

Por su parte, el Tribunal del conocimiento tuvo en cuenta las siguientes consideraciones para proferir la providencia recurrida:

La decisión de incluir a los supervisores en la planta de personal docente del Fondo Educativo Regional, fue tomada por la junta administradora del FER de Antioquia, por lo que el acto acusado se limita a acatar tal decisión.

La parte demandante ha debido solicitar la inaplicabilidad de las resoluciones expedidas por la junta administradora del Fondo Educativo Regional de Antioquia y la consecuente anulación tanto del acto presunto negativo de la petición, como de la citada resolución 35061 del 27 de Marzo de 1987, que negó la revocación de dicho acto presunto.

La petición sobre reconocimiento y pago de las sumas de dinero que puedan deberse por concepto de ajuste en los sueldos, primas, vacaciones

causadas, no debe ser dirigida al Gobernador de Antioquia, pues el actor es conciente de que los supervisores docentes ya no hacen parte de los cuadros de dicha entidad territorial. Y en caso de que el jefe del área tomara en forma remota una decisión positiva, ella sería inocua, no podría ser cumplida y ejecutada , pues seguirían en pie, seguirían vigentes los acuerdos de la junta administradora del Fondo.

Anota el Tribunal que el mismo Consejo de Estado ha señalado como solución al problema de una posible indebida acumulación de acciones de nulidad y restablecimiento, pedir la inaplicación del acto de carácter general y la anulación del acto individual y subjetivo.

Y, concluye el *a-quo* diciendo, que en razón de la *ineptitud sustantiva* de la demanda, procede fallo inhibitorio.

Como razones de inconformidad con la sentencia recurrida, se exponen las siguientes:

El Tribunal al proferir la decisión cuestionada con el recurso, ha evaluado mal lo que es materia del litigio, buscando la existencia de un acto complejo que no existe. Lo pedido, es la declaratoria del actor como empleado del orden departamental, y las demás pretensiones son consecuencias de ésta. Para saber si el actor es empleado del orden departamental como éste lo pretende, o si lo es del orden nacional como la demandada lo sostiene, no se requiere consultar qué entidad está efectuando el pago de la remuneración mensual, que no es otra cosa que una consecuencia y no una causa.

Al momento de proferirse la sentencia, objeto del recurso de apelación, ya se encontraba en vigencia la Ley 91 de 1989, sancionada por el Presidente de la República el 29 de Diciembre de este año, Ley que determina con claridad en su artículo 1°., cuando un docente es del orden nacional, cuando es nacionalizado y cuando lo es del orden territorial; la Ley 43 de 1975, no nacionalizó a los llamados "directivos docentes", pues con dicha Ley sólo nacionalizó los establecimientos educativos, en donde se ve con claridad la necesidad de que la sentencia apelada sea revocada , concluye el recurrente.

Ahora bien: La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, analizados los elementos de juicio que obran en el proceso, señala que "no fue demandada adecuadamente la proposición jurídica completa de los actos que presuntamente vulneraron el derecho" del actor, conformada por la resolución No. 35061 del 27 de Marzo de 1987, proferida por el Gobernador del Departamento de Antioquia, que fue el único acto impugnado, por el silencio negativo frente a su petición, y por los acuerdos números 2 de Enero 14 de 1983 y 2 bis de Febrero 28 del mismo año, que convirtieron los cargos de los supervisores docentes del Departamento de Antioquia, en empleos del orden nacional. Como fueron los acuerdos de la junta administradora del Fondo Educativo

Regional de Antioquia, los que convirtieron a los supervisores docentes del departamento en empleados del orden nacional, acuerdos que no fueron demandados, como tampoco se demandó el silencio administrativo negativo que dio origen por apelación a la resolución 35061, resulta lógico concluir que el asunto *sub-exámine*, no es apto para un estudio de mérito, razón por la cual estima la Fiscalía que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- Revisado el libelo demandatorio, se observa que se ha impetrado la nulidad de la resolución No. 35061 de Marzo 27 de 1987, expedida por la Gobernación de Antioquia, mediante la cual se mantuvo la decisión ficta de no reconocer al actor las diferencias entre las sumas recibidas por concepto de sueldos, primas y vacaciones causadas en su favor, y a las que por iguales conceptos dice tener derecho a percibir del departamento, en su calidad de empleado público de esta entidad territorial.

2.- Sin embargo, del estudio integral de la demanda se desprende sin lugar a equívocos, que la impugnación de la resolución arriba señalada, se plantea cuestionando la juricidad de los actos administrativos expedidos por el Fondo Educativo Regional de Antioquia y el Ministerio de Educación Nacional, acuerdos números 2 de Enero 14 de 1983 y 2 bis de Febrero 28 del mismo año , que dispusieron la nacionalización de los cargos de Supervisores Docentes existentes en esta entidad territorial.

3.- Para la Sala es evidente que la Resolución 35061 acusada, tiene como fundamento jurídico dichos actos administrativos, los que no son objeto de impugnación en este proceso y cuya presunción de legalidad le impide a cualquier persona, incluido el Juez Contencioso Administrativo, tenerlos como contrarios al ordenamiento Jurídico.

4.- De ahí, que al demandante le era imperativo, para obtener la declaración de nulidad de la mentada Resolución 35061, lograr en primer término una declaración judicial de inaplicabilidad o de nulidad de aquellos actos administrativos de contenido general, como a bien lo tuviera. Al respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corporación sobre la forma como debe accionar quien pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, derivado de otro general que el actor también considera contrario a derecho.

5.- En consecuencia, la demanda no es apta *sustancialmente* para obtener la anulación del acto acusado y por ello la Sala confirmará la decisión inhibitoria impartida por el Juez de primera instancia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de Diciembre 11 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por el señor LUIS GUILLERMO OCAMPO SALDARRIAGA.

Cópiese , notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 29 de Julio de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en providencia de Marzo 24 de 1993. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda , Consejero Ponente: Dr CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA. Actor: LUCELLY BUILES YEPES, exp. 4704

SENTENCIA/ REVISION / PRUEBA RECOBRADA-Improcedencia

Cuando la Ley establece como causal de revisión la recuperación de pruebas decisivas con posterioridad a la sentencia, se refiere a aquellos medios probatorios o elementos de juicio que la parte interesada, sin su culpa , no podía solicitar o aportar oportunamente, pero no a aquellos que sin dificultad alguna hubieran podido hacerse valer en su momento. Dicha causal, se repite, no constituye una nueva oportunidad para la parte que por negligencia no desplegó su actividad probatoria a tiempo, como lo pretende el municipio recurrente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente Nº. 3014. Actor : Francisco Serrano Morales.

Decide la Sala el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Municipio de Sardinata (Norte de Santander) contra la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 6 de Julio de 1987, que declaró la nulidad de la Resolución Nº 011 de 5 de Agosto de 1986 de la Mesa Directiva del Concejo de ese Municipio, Resolución por la cual se había declarado insubsistente el nombramiento del señor Francisco Serrano Morales en el cargo de Inspector de Higiene y Celador del Matadero Municipal y se había nombrado en su reemplazo a Jesús Tolosa Gómez.

EL RECURSO :

La causal que se invoca en orden a obtener la revisión de la sentencia es la prevista en el numeral 2º del artículo 188 del C.C.A., de este tenor:

> "2. cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiese podido pronunciarse una decisión diferente".

En la demanda de revisión se narra que la Mesa Directiva del Consejo Municipal de Sardinata por Resolución Nº 011 de Agosto 5 de 1986 declaró insubsistente al señor Francisco Serrano Morales, quien demandó el acto ante el Tribunal Administrativo y que, antes de la admisión de la demanda, fue revocado aquél mediante Resolución Nº 024 de Diciembre 30 de 1986 y, finalmente, que por Acuerdo 012 de Diciembre 7 del mismo año se suprimió el cargo que desempeñaba el actor.

Agrega el recurrente que los actos mencionados "no pudieron ser allegados al proceso en su oportunidad legal por cuanto el señor OSCAR VERGEL CANA, quien desempeñaba el cargo de Alcalde del Municipio de Sardinata, para la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda y el traslado de la misma debido a presiones políticas se encontraba en una situación de zozobra por su inminente remoción del cargo, hecho éste que se patentizó el 17 de Febrero de 1987" (folio 2).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La doctora Fiscal Quinta de la Corporación expresa que no puede tomarse como recobrada "una prueba que simplemente no se pidió por negligencia u otro motivo injustificado de la parte interesada" (folio 66) y que no son admisibles las razones expuestas por el municipio recurrente para justificar la no aportación al proceso de los documentos cuyo análisis reclama, por cuanto para la fecha en que el negocio se abrió a prueba (27 de abril de 1987) ya se había producido la remoción del Alcalde, de modo que la zozobra que a éste le produjo la inminencia de su retiro no puede tomarse como excusa válida para dejar de presentar las pruebas que hoy se pretenden hacer valer. (fls. 65- 67).

CONSIDERACIONES

La simple lectura del fallo evidencia que la decisión favorable a las pretensiones del actor se apoya en la falta de competencia de la Mesa directiva del Concejo Municipal de Sardinata para proferir la resolución enjuiciada, conclusión a la que llegó el Tribunal a través del análisis de las disposiciones constitucionales y legales atributivas de competencia a los Consejos y Alcaldes Municipales, y no en la ausencia de pruebas que desvirtuaran la censura formulada contra el acto acusado, por lo cual no procedería su revisión con base en la causal invocada por el recurrente.

No obstante lo anterior, la Sala se permite examinar la situación que se plantea en el recurso.

Con las pruebas calificadas como recobradas, se pretende remover el fundamento jurídico de la sentencia, con base en el hecho de haber sido revocado el acto enjuiciado.

Debe la Sala puntualizar, en primer término, que la causal invocada para que se revise el fallo no fue instituida por el legislador para dar lugar a una nueva oportunidad procesal en que puedan hacerse valer pruebas que no fueron solicitadas, practicadas o incorporadas oportunamente al proceso, habiendo podido hacerse, que, como se verá. es la situación que en el sub-lite se presenta.

Cuando la ley establece como causal de revisión la recuperación de pruebas decisivas con posterioridad a la sentencia, se refiere a aquellos medios probatorios o elementos de juicio que la parte interesada, sin su culpa, no podía solicitar o aportar oportunamente , pero no a aquellos que sin dificultad alguna hubieran podido hacerse valer en su momento. Dicha causal, se repite, no constituye una nueva oportunidad para la parte que por negligencia no desplegó su actividad probatoria a tiempo, como lo pretende el municipio recurrente.

En efecto , el Alcalde, representante legal del Municipio de Sardinata, fue notificado oportunamente del acto admisorio de la demanda (folio 11 cdno. Nº 2); sin embargo, sólo mucho tiempo después de precluida la oportunidad para solicitar pruebas (término de fijación en lista - folio 16 cdno, Nº2), constituyó procuradora judicial para que representara a la entidad (folios 30 y 31 cdno. Nº 2), la que en ningún momento actuó en el proceso. Tales circunstancias patentizan la desidia de la entidad recurrente para utilizar los medios de defensa de que, a la sazón , disponía. Así pues, no son válidos los argumentos que esgrime al sustentar este recurso extraordinario, para justificar la notoria negligencia de la entidad demandada para aportar los documentos que ahora pretende hacer valer, especialmente si se tiene en cuenta que ellos se originan en la misma Alcaldía y en el Concejo Municipal.

En estas condiciones, sería ilógico admitir que se trata de pruebas recobradas con posterioridad al fallo. Por otra parte, es claro que no puede utilizarse el recurso de revisión como expediente para suplir deficiencias de la actuación que corresponde a las partes dentro de la tramitación del proceso.

No es el caso, por lo tanto, de revisar la sentencia que se impugna por este medio extraordinario.

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:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Municipio de Sardinata contra la sentencia de seis (6) de Julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el proceso promovido por Francisco Serrano Morales encaminado a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 011 de 1986 expedida por la Mesa Directiva del Concejo de dicho Municipio.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 29 de Julio de 1992.-

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO JUDICIAL-Estabilidad/ **PRESTACIONES SOCIALES**-Improcedencia

El artículo 51 del Decreto 1660 de 1978, gobierna la situación de los empleados de la rama jurisdiccional. De esa norma no se deriva para el accionante la prerrogativa de permanecer en el cargo del que fue removido, puesto que conforme a las regulaciones contenidas en el Capítulo I del Decreto 1660 de 1978, por desempeñar el cargo de Juez de Instrucción Criminal, ostentaba el carácter de funcionario y no de empleado. Ante la ausencia de derecho del actor de permanecer en su cargo durante el período constitucional de Septiembre de 1987 a Agosto de 1989 no era viable disponer el pago de sueldos y demás emolumentos y prestaciones sociales correspondientes a tal período. Por esa razón tampoco cabía ordenar, el pago de los mencionados haberes hasta la fecha en que se hizo el nombramiento general de Jueces ya que no existía mandato legal que le confiriera estabilidad en su empleo hasta esa fecha, puesto que su participación en el concurso para la provisión del cargo que desempeñaba no le otorgaba tal gracia, toda vez que sólo la superación satisfactoria del concurso y el lleno de los requisitos exigidos por las normas reguladoras de la materia, le darían bases para reclamar la consideración de su nombre cuando se efectuaran las elecciones generales de Jueces y, el demandante, según se aprecia, no aprobó el aludido concurso. De suerte que ni siquiera le asistió el derecho a su postulación para la provisión del cargo que ocupaba.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°. 4394 Actor : Julio Cesar Montenegro

Tanto el señor Fiscal Primero ante el Tribunal Superior de Pasto como el Doctor Julio Cesar Montenegro Narváez, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 5 de Mayo de 1989.

ANTECEDENTES

El Doctor Montenegro Narváez demandó ante el Tribunal con el fin de obtener la nulidad del acta del acuerdo No. 10 del 24 de Marzo de 1988, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto designó al doctor Francisco Espinosa Ortiz como juez especializado en interinidad y como consecuencia de tal declaración, el reintegro al cargo de Juez especializado con radicación en esa ciudad, que él ocupaba. Pidió también condenar a la Nación al pago de sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir y al de dos mil (2.000) gramos oro o su equivalente en pesos colombianos, con la indexación monetaria respectiva, como perjuicios morales causados al demandante con ocasión de su separación del servicio. (fls. 6 y 7).

LA SENTENCIA APELADA

En la sentencia recurrida se declaró la nulidad del acto demandado, para lo cual el a-quo, luego de hacer un recuento histórico de la legislación expedida para regular la carrera judicial hasta llegar al decreto 052 de 1987, aseveró que para el período constitucional de Jueces comprendido entre el 1°. de Septiembre de 1987 y el 30 de Agosto de 1989, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto efectuó las respectivas elecciones después de un año de iniciado el período, antes de lo cual el actor fue removido del cargo de Juez especializado radicado en Pasto, en virtud de acusaciones y cuestionamientos que daban lugar a la apertura de un proceso disciplinario a fin de establecer si se hallaba incurso o no en faltas o en las conductas previstas en los artículos 94 y ss. y 161 y ss, de los decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978 respectivamente, por lo que su remoción implica una ostensible destitución , violatoria del principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Carta Política y de las disposiciones reguladoras del proceso disciplinario contenidas en los estatutos citados, existiendo, por ende, "desviación de poder, que genera la nulidad del acto acusado, que no se considera discrecional sino sancionatorio".

Sin embargo, no ordenó el reintegro del demandante por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, podía abstenerse de reelegirlo cuando designó Jueces para el resto del período a que se ha hecho mención , pero si dispuso el reconocimiento de sueldos y prestaciones sociales desde la fecha en que se posesionó la persona que lo sustituyó como Juez Especializado de Instrucción Criminal de Pasto hasta el 31 de Agosto de 1988, día en que el Tribunal mencionado eligió Jueces para el período citado.

En atención a los requerimientos del actor, el Tribunal mediante providencia calendada el 25 de Mayo de 1989 (fls. 233 y 234), complementó la sentencia comentada, en el sentido de abstenerse de hacer pronunciamiento de condena por los perjuicios morales solicitados en el libelo, por cuanto consideró que en el *sub-lite* no cabe tal reconocimiento toda vez que la conducta observada por el demandante cuando ejercía el cargo, se encontraba sub-judice aún y todo dependía de las resultas del proceso que en su contra se adelantaba.

EL RECURSO

La parte actora interpuso contra tal sentencia recurso de apelación , con el fin de que se revoquen parcialmente los numerales 2) y 3) de su parte resolutiva y, en su lugar , se ordene el reintegro del doctor Montenegro al cargo del cual fue removido y se condene a la Nación al pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar hasta cuando sea reintegrado; de dos mil (2.000) gramos oro o su equivalente en pesos colombianos (fl. 196), por cuanto estima que el período judicial durante el cual tenía derecho a permanecer en el cargo aludido fenecía el 31 de Agosto de 1989 y, que a raíz de la insubsistencia de su nombramiento no se le tuvo en cuenta para ser inscrito en la carrera judicial como lo había solicitado, por haber concursado para la provisión del cargo que venía desempeñando. De modo que si "el acto administrativo constituido por el acuerdo No. 10 del 24 de Marzo de 1989 es declarado nulo, tenemos , que no se puede perjudicar en sus legítimos derechos a mi representado , porque ahora no hay razón para negarle su inclusión en la carrera judicial" (fl. 204).

Y concluye el impugnador:

> "Si actualmente ocupara el cargo de JUEZ ESPECIALIZADO el Dr. Julio Cesar Montenegro Narváez, estuviera inscrito en la carrera Judicial, lo que le permitiría gozar de estabilidad y no salir del cargo sino por sanciones, y mientras esto no ocurra continuaría siendo elegido indefinidamente tal como lo establece el Decreto 052 de 1987" (fl. 205).

Por su parte, el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, quien representó al Ministerio Público en el curso del proceso,

también interpuso el recurso de apelación contra el citado fallo (fl. 219 a 226), insistiendo en la tesis que expuso en el concepto de fondo emitido en su oportunidad, conforme a la cual se impone un fallo inhibitorio sobre las súplicas de la demanda, en virtud de que en el libelo se citó al Ministerio de Justicia y no a la Nación como parte demandada y ese Ministerio "carece de personería jurídica y por lo tanto no puede demandar ni ser demandado. La personería la tiene la NACION y , por lo mismo contra ella debió dirigirse la demanda; por eso el Juez no puede entrar a valorar el contenido cuando no esté acorde con la técnica procesal", lo que implica que la demanda es ineficaz (fl. 222).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria opina que la sentencia debe revocarse y sustituirse por un fallo denegatorio de las súplicas de la demanda por cuanto la insubsistencia del actor, motivada por razones de índole moral, no es contraria al ordenamiento jurídico"pues el Juez removido, para la época del acto acusado no estaba amparado por fuero alguno de inamovilidad relativa , como el que otorga el escalafonamiento en una carrera administrativa o el período no vencido: pues aquí, ni el actor estaba escalafonado y, "el resto del período constitucional para el que fue elegido" (ver fl. 3) vencía el 31 de agosto de 1987, ya que el Decreto No. 466 de 1987, en su artículo cuarto dice: "La primera designación que realicen los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de conformidad con la autorización contenida en este Decreto, se entenderá hecha para el resto del período judicial". (fl. 265)

Se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Revisado el libelo demandatorio se observa que en el primer aparte, el actor, quien obra en nombre propio, manifiesta que "en ejercicio de la ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, prevista en el Artículo 85 del C.C.A., y con citación y audiencia del señor Ministro de Justicia, representante legal de la nación, al tenor del Artículo 149 del C.C.A., del Dr Francisco Ortiz Cabrera, Presidente del Honorable Tribunal Superior de Pasto, o la persona que ejerza esas funciones, del señor Agente del Ministerio Público, y del Dr. Francisco Javier Caicedo Ortiz, Juez único especializado de Instrucción Criminal, con el debido respeto solicito que en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada se me hagan estas o similares *DECLARACIONES Y CONDENAS*" (fl. 16).

Es claro entonces que la citación del Ministerio de Justicia al proceso se efectuó para que, en cumplimiento de un mandato legal, representara a la Nación, mas no porque se esté demandando a ese órgano de la Rama Ejecutiva

del Poder Público, en cuyo caso sí podría resultar válido el argumento de la fiscalía impugnadora.

Es clara la improcedencia del fallo inhibitorio por la referida causal, toda vez que sin ningún esfuerzo interpretativo se establece que la nación es la persona jurídica demandada y que por centrarse la controversia en un asunto referente a la rama jurisdiccional, válidamente se citó al Ministro de Justicia parar representarla.

Precisado lo anterior se analizarán los motivos de inconformidad de la parte actora y ahora recurrente con el fallo impugnado.

Respecto del reintegro del accionante al cargo de Juez especializado radicado en Pasto, cabe señalar que los cargos de Jueces especializados fueron creados por la Ley 2a. de 1984 y su provisión se autorizó mediante el decreto 466 de 1987, en cuyo artículo 4o. se dispuso que la primera designación que realizaran los Tribunales Superiores de Distrito Judicial se entendía hecha por el resto del período que fenecía el 31 de Agosto de 1987. De suerte que como el actor , según consta en autos, fue elegido en el cargo citado en el mes de Abril de 1987, ello implicaba que de acuerdo con lo dispuesto en la norma últimamente citada, su derecho a permanecer en él llegaba hasta el 31 de Agosto de 1987.

No obstante, como a raíz de la implantación de la carrera judicial, el Tribunal Superior de Pasto no efectuó elecciones de Jueces oportunamente, esto es, con antelación suficiente para que comenzaran a ejercer sus funciones el 1 de Septiembre de 1987, el doctor Montenegro permaneció en el ejercicio del cargo hasta el 24 de Marzo de 1988, puesto que el doctor Francisco Javier Caicedo, nombrado en su reemplazo en la fecha señalada, tomó posesión el 25 del mismo mes y año. Es decir, que el demandante permaneció por un término superior a 90 días al frente del cargo, después de finalizado el período el 31 de Agosto de 1987, circunstancia de la que pretende derivar el derecho a continuar en el ejercicio del mismo hasta el vencimiento del período subsiguiente, vale decir hasta el 31 de Agosto de 1989, con base en lo normado en el artículo 51 del Decreto 1660 de 1978 (fls. 17 y 20).

Sobre los anteriores planteamientos la Sala observa, en primer lugar, que el artículo 51 del Decreto 1660 de 1978 gobierna la situación de los empleados de la rama jurisdiccional. De esa norma no se deriva entonces para el accionante la prerrogativa de permanecer en el cargo del que fue removido, puesto que conforme a las regulaciones contenidas en el Capítulo II del Título I del Decreto 1660 de 1978, por desempeñar el cargo de Juez de Instrucción Criminal, ostentaba el carácter de funcionario y no de empleado.

Ante la ausencia de derecho del actor de permanecer en su cargo durante el período constitucional de Septiembre de 1987 a Agosto de 1989, no era

viable disponer el pago de sueldos y demás emolumentos y prestaciones sociales correspondientes a tal período. Más aún, por esa razón tampoco cabía ordenar, como lo hizo el a-quo, el pago de los mencionados haberes hasta la fecha en que se hizo el nombramiento general de Jueces, ya que no existía mandato legal que le confiriera estabilidad en su empleo hasta esa fecha, puesto que su participación en el concurso para la provisión del cargo que desempeñaba no le otorgaba tal gracia, toda vez que sólo la superación satisfactoria del concurso y el lleno de los demás requisitos exigidos por las normas reguladoras de la materia, le darían bases para reclamar la consideración de su nombre cuando se efectuaran las elecciones generales de jueces y, el demandante, según se aprecia a folio 207 , no aprobó el aludido concurso. De suerte, que ni siquiera le asistió el derecho a su postulación para la provisión del cargo que ocupaba .

No existía entonces, impedimento alguno para que la autoridad nominadora dispusiera la remoción, si a su juicio, existían razones de buen servicio para ello, y sin que la insubsistencia tácita fuera óbice para iniciar acciones penales o disciplinarias si fueran del caso, frente a las cuales el actor podría ejercer el derecho de defensa.

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 5 de Mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso promovido por Julio César Montenegro contra la Nación Colombiana.

En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 29 de Julio de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Requisitos/**CONCEPTO/ACTO ADMINISTRATIVO**-Inexistencia.

Lo que se demanda es un concepto que no contiene una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular. Lo demandado no es un acto administrativo ni una omisión. Es la respuesta a una consulta, la cual al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del C.C.A., no compromete la responsabilidad de la entidad que la atiende. No siendo un acto administrativo lo demandado, sino la respuesta mediante la cual la administración atiende una consulta formulada por un funcionario público, la demanda no cumple con uno de los requisitos formales exigidos en la Ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6988. Actor :Armando Novoa García

El ciudadano ARMANDO NOVOA GARCIA, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., acude ante esta Corporación en demanda contra el acto contenido en el concepto No. 38195 de Diciembre 19 de 1991, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Se observa que la referida demanda no reúne los requisitos legales, por las razones que a continuación se exponen:

1) La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con las reglas que señala el C.C.A.

2) En el *sub-lite* lo que se demanda, no encaja en ninguna de las previsiones antes enunciadas, por las siguientes razones:

a) El texto de lo que se demanda, es el siguiente:

> En atención a la consulta de la referencia, esta oficina se permite manifestar lo siguiente:
>
> La existencia de las subdirectivas y comités seccionales encuentran justificación en el amparo del fuero sindical que la ley reconoce a sus miembros directivos; fuero que, como bien se sabe, persigue la protección de la acción sindical frente al empleador.
>
> Por lo tanto consideramos que carecería de objeto la creación de una seccional en el municipio que, a pesar de residir la mayor parte de los afiliados a un sindicato de base, la respectiva empresa no opere.
>
> Así las cosas, para entrar a determinar si es viable la constitución de una subdirectiva o comité seccional, debe tenerse en cuenta que el municipio sede de ellas sea *distinto al del domicilio principal de la organización sindical* y además que la empresa tenga en él *sucursal* o agencia que justifique la creación de tales seccionales, sin que para ello interese el lugar de residencia de los afiliados al sindicato.

b) Como puede apreciarse de la lectura, lo que se demanda es un concepto que no contiene una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular. Es la respuesta emitida por la Oficina Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la cual absuelve la consulta formulada por la Inspectora de Trabajo de la Dirección Regional del Valle del Cauca.

c) Lo demandado, no es un acto administrativo ni una omisión. Es la respuesta a una consulta, la cual al tenor de lo dispuesto en el art. 25 del C.C.A., no compromete la responsabilidad de la entidad que la atiende.

d) No siendo un acto administrativo lo demandado, sino la respuesta mediante la cual la administración atiende una consulta formulada por un

funcionario público, la demanda no cumple con uno de los requisitos formales exigidos en la Ley.

En efecto, el artículo 137 del C.C.A., dispone que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

> 137.- Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:
>
> 2. Lo que se demanda;

Y el artículo 138 ib., exige que cuando se demande la nulidad de un acto, deberá individualizarse con toda precisión.

Por este aspecto, el *sub-lite*, al indicar "lo que se demanda", e individualizar con toda precisión el acto impugnado, permite observar con claridad que la demanda no cumple con este requisito formal, pues como antes se explicó, lo demandado no es un acto administrativo.

En esas condiciones, dispone el artículo 143 del C.C.A., que el ponente por auto susceptible de reposición, inadmitirá la demanda y expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija dentro del término de cinco (5) días. Sucede sin embargo, que el defecto advertido, no es corregible, por las razones expuestas. No siendo corregible el defecto, la demanda será rechazada.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- RECHAZASE la demanda presentada por el señor ARMANDO NOVOA GARCIA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvanse al interesado los documentos acompañados con la demanda, sin necesidad de desglose.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Diego Younes Moreno

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA POR CUANTIA

El artículo 4o. del Decreto 597 de 1988 ha sostenido que la competencia se determina por las normas vigentes al momento de la presentación de la demanda. El hecho de que ésta sea corregida o admitida bajo la vigencia de una Ley posterior en nada la afecta, pues son circunstancias que no dependen totalmente del comportamiento del demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 6541. Actora: Dora. María León de García

Procede la Sala a decidir el recurso de Queja interpuesta mediante apoderado por la señora Dora María León de García contra el auto de 25 de Octubre de 1991, por el cual se inadmite el recurso de apelación contra la sentencia de 27 de Septiembre de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya que la asignación mensual básica correspondiente al cargo que desempeñaba la actora al ser declarada insubsistente era inferior a la establecida en el momento de la corrección de la demanda para que el proceso fuera de conocimiento del Tribunal en primera instancia.

El apoderado de la recurrente sostiene que al momento de presentación de la demanda el proceso era de conocimiento del Tribunal en primera instancia según el decreto 528 de 1964, 2061 de 1966 y la Ley 22 de 1977; y agrega que el Tribunal confundió la presentación, con la corrección de la demanda.

La entidad demandada se opone a la prosperidad del recurso por cuanto la demanda fue admitida en vigencia del C.C.A. adoptado por el decreto 01 de 1984 y por tanto es bajo estas normas que debe determinarse la competencia.

Para resolver, se

CONSIDERA:

Esta Sala interpretando el artículo 4 del Decreto 597 de 1988 ha sostenido que la competencia se determina por las normas vigentes al momento de la presentación de la demanda. El hecho de que ésta sea corregida o admitida bajo la vigencia de una Ley posterior en nada la afecta, pues son circunstancias que no dependen totalmente del comportamiento del demandante.

La corrección que autoriza el artículo 208 del C.C.A., no es una nueva demanda; es simplemente la posibilidad de mejorar la original, partiendo de la base de una presentación hecha en legal forma, pues ya se ha producido el auto admisorio.

En el caso en estudio, la demanda fue presentada en vigencia del Decreto 528 de 1964 según el cual, el Tribunal era competente para conocer en primera instancia de las acciones de plena jurisdicción, -hoy nulidad y restablecimiento del derecho-, en que se controvirtieran actos expedidos por una autoridad del orden nacional y la cuantía fuera inferior a $150.000.oo.

La corrección fue hecha dentro del término de fijación en lista, es decir, luego de su admisión, y no implicó cambio sustancial ninguno. Ello se aprecia del contenido del memorial que obra a folios 34 y ss.

En consecuencia, si la competencia quedó determinada cuando se presentó la demanda inicial y en el proceso se controvierten actos del orden nacional, no hay duda acerca de que éste admite dos instancias.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

Revocar el auto de 25 de Octubre de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se concede el recurso de apelación presentado por la señora Dora María León de García contra la sentencia de 27 de Septiembre de 1991, en el efecto suspensivo.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Cópiese, notifíquese y comuníquese al Tribunal de origen para lo de su competencia.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 8 de Julio de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA/ TRANSITO DE LEGISLACION (Salvamento de Voto)

El nuevo Código Contencioso Administrativo reguló expresamente el tránsito de legislación en materia de competencias y en su artículo 266 señaló su vigencia disponiendo que "en los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, los recursos interpuestos... se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso. Iniciado el proceso antes de que entrara a regir el Decreto 01 de 1984, y habiéndose interpuesto el recurso de apelación, éste se rige por la Ley vigente al momento de su interposición, o sea por el nuevo código, al tenor del cual (artículo 131 numeral 6o. literal b)) el recurso no procede por tratarse de un negocio de conocimiento en única instancia del Tribunal Administrativo, como quiera que en él se controvierte un acto de retiro de un cargo cuya asignación mensual no excede de cincuenta mil pesos.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia:Expediente Nº. 6541 Recurso de Queja. Actor: Dora María León de García

La providencia mayoritaria de la Sala, de la cual respetuosamente me separo, consideró que el presente negocio es de dos instancias porque "la

demanda fue presentada en vigencia del Decreto 528 de 1964 según el cual, el Tribunal era competente para conocer en primera instancia de las acciones de plena jurisdicción -hoy nulidad y restablecimiento del derecho-, en que se controvirtieran actos expedidos por una autoridad del orden nacional y la cuantía fuera inferior a $ 150.000.oo "

La suscrita Consejera no comparte esta apreciación toda vez que el nuevo Código Contencioso Administrativo (Dto. 01 de 1984) reguló expresamente el tránsito de legislación en materia de competencias y en su artículo 266 señaló su vigencia disponiendo que "en los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto, *los recursos interpuestos....* se regirán por la *ley vigente cuando se interpuso el recurso....*" (Subraya el Despacho).

De manera que iniciado el presente proceso antes de que entrara a regir el Decreto 01 de 1984, y habiéndose interpuesto el recurso de apelación el 8 de Octubre de 1991, éste se rige por la ley vigente al momento de su interposición, o sea por el nuevo Código, al tenor del cual (artículo 131 numeral 6° literal b)) el recurso no procede por tratarse de un negocio de conocimiento en única instancia del Tribunal Administrativo, como quiera que en él se controvierte un acto de retiro de un cargo cuya asignación mensual no excede de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo).

Por lo expuesto, considero que debió estimarse bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la demandante.

Con todo respeto,

Dolly Pedraza de Arenas.

DECAIMIENTO DEL ACTO

Mediante sentencia de Agosto 6 de 1985 la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del inciso 2o. del artículo 10o. de la Ley 4a. de 1976 por encontrarlo violatorio de los artículos 30 y 44 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto gravó la pensión de la cual el pensionado es dueño indiscutible con un tributo a favor de personas privadas, no autorizado por la Carta y además estableció un sistema violatorio de la libertad que tienen las personas de afiliarse o no a determinadas personas morales. Indudablemente, la decisión judicial, que tiene efectos *erga omnes*, dejó también sin efectos la Resolución No. 676 de 1985 pues ésta simplemente adoptó las medidas para la aplicación del precepto declarado inconstitucional, de tal suerte que a partir de la declaratoria de inexequibilidad, se tornó inaplicable el acto acusado, por carecer de objeto y por adolecer de inconstitucionalidad al igual que la norma para cuya aplicación fue dictado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 1483. Resoluciones Ministeriales. Actor : Gabriel Oscar Adarve Moreno y otros.

Gabriel Oscar Adarve Moreno, Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas, en ejercicio de la acción pública de nulidad , presentaron demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad de los artículos 1, parágrafos 2,3,4 y 5 de la resolución No. 676 de Marzo 15 de 1985, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, " Por la cual se adoptan medidas para la aplicación del artículo 10 de la Ley 4a. de 1976".

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición del acto acusado, los artículos 30 y 44 de la Constitución Política anterior; 9 del decreto 732 de 1976; 1 de la ley 43 de 1984; 2 literal b) del decreto 433 de 1971 y el convenio 87 adoptado por la OIT, aprobado por la ley 26 de 1976 (folio 4).

Exponen el concepto de la violación los demandantes, manifestando que las leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 clasifican las organizaciones de pensionados en entidades de 1,2, y 3 grado, pero no por sectores público o privado; que los que provienen de estos sectores son los pensionados y no las organizaciones que ellos constituyen; que éstas de ninguna manera están supeditadas legalmente a formarse por pensionados o entidades de pensionados exclusivamente de un sólo sector; que una entidad de tercer grado como la Confederación de Pensionados de Colombia por el hecho de representar a pensionados de dos sectores no puede quedar excluida del beneficio de 1/2 % descontado a pensionados no organizados; que la ley 43 de 1984 hace la clasificación de las organizaciones de pensionados por grados, pero no por sectores, razón por la cual se está modificando la parte final del artículo 10 de la Ley 4 de 1976, que el literal b) del artículo 2 del decreto 433 de 1971 no debe servir de pretexto para poder clasificar a trabajadores pensionados, por cuanto dicha disposición se dictó con el fin exclusivo o único del ingreso obligatorio al ISS de trabajadores en actividad, que con el parágrafo del artículo 1°. de la resolución acusada se cambia a los pensionados que trabajaron en ese organismo su calidad de extrabajadores del ISS del sector público que por Ley y doctrina del Consejo de Estado se les ha otorgado para efectos de prestaciones sociales e incompatibilidades, por ejemplo; que los artículos 2 y 3 de la resolución 676 de 1985 en la forma como se encuentran redactados dicen acomodaticiamente cuáles son organizaciones de tercer grado o confederaciones , función o clasificación que no le compete realizar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta que la ley 43 de 1984 ya lo hizo constitucionalmente; que legalmente hasta ahora no se ha prohibido que las organizaciones de pensionados se formen conjuntamente con elementos públicos y privados, en otros términos, con socios de los dos sectores en una misma organización; que como el artículo 10 de la Ley 4 de 1976 se refiere no sólo a las cuotas de 1/2 % sino también a las cuotas ordinarias de socios, mal pueden estas últimas entrar en la prorrata del reparto allí establecido, por cuanto ellas son propiedad exclusiva de las entidades a que pertenecen los socios o pensionados organizados y porque el ministerio mencionado no tiene atribución para disponer de ellas con fines distintos a

los autorizados por cada uno de los socios o pensionados que se organizan; que en cuanto el artículo 5 de la resolución enjuiciada habla de organizaciones de tercer grado de un mismo sector, esto es ilegal pues pretender excluir a las organizaciones mixtas que representan simultáneamente a pensionados de los dos sectores como lo determinan los correspondientes estatutos aprobados por el gobierno; que así las cosas, se coacciona para que se constituyan organizaciones de pensionados de un solo sector público o privado, en perjuicio de la unidad gremial; que la resolución No. 5257 de 1978 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene la virtud de no excluir a las confederaciones mixtas para el reparto o adjudicación del 1/2 % descontado a pensionados no organizados; que el artículo 5 de la resolución No. 676 de 1985 no condiciona el reparto, como ha debido hacerlo, a la existencia jurídica de la confederación reclamante en el momento en que se causó el respectivo descuento mensual del 1/2 %; que las confederaciones que deben tener derecho al beneficio que se causa mensualmente, son aquellas que existan jurídicamente en la época del descuento y no se hayan extinguido, si reúnen los requisitos como el de ser del orden nacional y tener a través de sus filiales pensionados que están a cargo de la correspondiente empresa o patrón que realiza el descuento y lo recauda; que absurdo sería que una entidad que acaba de surgir a la vida jurídica tuviera derecho con retroactividad a los descuentos por meses anteriores a su existencia (folios 4 a 9).

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional de la resolución impugnada; mediante auto de Mayo 23 de 1988 (folios 48,49 y 50) se declaró la suspensión provisional de los artículos 2 y 3 de la resolución 0676 de 1985, dictada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por cuanto rebasan la competencia atribuida en el artículo 9 del decreto 732 de 1976, ya que para lograr los fines establecidos en el artículo 10 de la ley 4 de 1976 sobran las definiciones allí determinadas.

La apoderada de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) en la contestación de la demanda (folios 99 a 103) se opone a las pretensiones del escrito demandatorio y manifiesta que la resolución cuya nulidad se pide fue expedida con base en las disposiciones vigentes y tomando como parámetro el concepto dado el 5 de Abril de 1984 por el Consejo de Estado; que acorde con dicho precepto lo que pretendió el citado Ministerio fue dar mayor claridad a la norma y entrar a enunciar qué debía entenderse por "sector correspondiente", pero de ninguna manera extralimitándose o abusando del poder reglamentario; que no es dable que las asociaciones de pensionados pueden constituirse en asociaciones de carácter mixto que incluyan ambos sectores (oficial y privado); que el parágrafo del artículo primero del acto enjuiciado se limita a repetir lo establecido en el decreto 433 de 1971, artículo 2 literal b); que la ley 43 de 1984 lo que dice es que los pensionados provienen del sector privado y de todos los ordenes del poder público, ya que la clasificación se hace en el artículo de la Ley y por grados; que en lo atinente a las deducciones a que hace mención el artículo 5 de la resolución enjuiciada,

el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 4 de 1976 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Agosto 6 de 1985 y por consiguiente dejó sin aplicación el artículo 6 de la Ley 42 de 1982 y el inciso segundo del artículo 4 de la resolución No. 676 de 1985 que se relacionaban con el mismo asunto; que por ende aún en el supuesto de que se encuentren organizaciones de carácter nacional de tercer grado, el dinero recaudado por concepto de cuotas de afiliación no puede ser entregado a ellas sino devuelto a los pensionados a quienes, según el fallo de la Corte Suprema de Justicia, les pertenece como dueños.

El Ministerio Público opinó que deben denegarse las súplicas de la demanda, con base en los siguientes planteamientos que se transcriben a continuación:

" Con respecto al artículo 1o., esta Agencia Fiscal considera que el entendimiento que en él se le da a la expresión "sector correspondiente" como referida a los sectores público, oficial y semioficial y el sector privado, es el mismo que la propia ley 4a. de 1976 expresa el enunciar sus objetivos ("Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones".) tiene, entonces, tal interpretación, expreso respaldo legal. En cuanto a la referencia que dicha norma hace a los arts. 10 de la ley 4a. de 1976 y 6o. de la ley 42 de 1982, se tiene que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de Agosto 6 de 1986, declaró inconstitucional a la primera norma en cita, por lo que la segunda, que la reproduce, resulta también abiertamente inconstitucional. Así las cosas, la norma acusada que nos ocupa desapareció ya del mundo jurídico, por operarse con respecto a ella el fenómeno jurídico del "decaimiento". En cuanto al parágrafo, como bien se dice en el auto que se ocupó de la suspensión provisional (folio 49), se limita a reproducir lo dispuesto por la norma que se señala como violada. Tampoco se aprecia vulneración alguna de la ley 43 de 1984. Y, adhiriendo también a lo consignado en el auto de la referencia, no se ve que el acto acusado, en el parágrafo que se estudia, haya rebasado las facultades concedidas en el art. 9 del Decreto 732 de 1976.

En cuanto a los artículos 2o. y 3o. de la Resolución acusada, y que se señalan como violadores del art. 10 de la ley 4a. de 1976, encontramos que aquellos también han desaparecido de la escena jurídica al declararse, en el fallo atrás mencionado, la inconstitucionalidad del citado artículo de la ley 4a. de 1976.

Con respecto a la parte final del inciso segundo del artículo 4o. de la Resolución acusada se tiene que tampoco se aprecia violación de la ley 43 de 1984, por cuanto no resulta valedera la apreciación del demandante en el sentido de que es impropia la frase "sector correspondiente" y

porque, como acertadamente ha conceptuado la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, a la luz de la normatividad legal que gobierna las organizaciones de pensionados, no son de recibo las asociaciones mixtas, es decir, integradas por pensionados del sector público y del sector privado."

El proceso se destruyó en los trágicos acontecimientos del Palacio de Justicia y los demandantes obtuvieron su reconstrucción mediante auto de marzo 26 de 1987 (folios 22 y 23).

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

CONSIDERACIONES:

Los ciudadanos Gabriel Oscar Adarve Moreno, Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitan la declaratoria de nulidad de los artículos 1°. parágrafos 2,3,4 y 5 de la resolución No. 676 de 1985, proferida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 9°. del Decreto 732 de 1976, para dictar las medidas necesarias para la aplicación del inciso 2°. del artículo 10°. de la Ley 4°. de 1976.

El inciso 2°. del artículo 10°. de la Ley 4°. de 1976 dispuso para los pensionados no afiliados a organización alguna legalmente reconocida, el descuento obligatorio de una cuota del 1/2 % del valor de la pensión a favor de la organización de pensionados que aquellos designaren o en subsidio, de la organización " de tipo nacional de tercer grado del sector correspondiente".

El decreto reglamentario 732 de 1976, artículo 9°., autorizó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para establecer en forma concertada tanto con las empresas, entidades y patronos obligados como con los pensionados, un régimen para efectuar tales descuentos y lo facultó para que en el evento de que no se llegare a algún acuerdo, dictara las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

No habiéndose llegado a acuerdo alguno, el Ministerio mediante la Resolución No. 2551 de 1982 dictó las medidas para el efecto y como tal resolución fuera parcialmente anulada por la jurisdicción contencioso administrativa, para llenar el vacío normativo, dictó la Resolución No. 0676 de 1985 que en este proceso se acusa.

Ahora bien, mediante sentencia de Agosto 6 de 1985 la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del inciso 2°. del art. 10°. de la ley 4°. de 1976 por encontrarlo violatorio de los arts. 30 y 44 de la Constitución

Nacional de 1886, por cuanto gravó la pensión de la cual el pensionado es dueño indiscutible con un tributo a favor de personas privadas, no autorizado por la Carta y además estableció un sistema violatorio de la libertad que tienen las personas de afiliarse o no a determinadas personas morales.

Indudablemente, la decisión judicial, que tiene efectos erga omnes, dejó también sin efectos la Resolución 676 de 1985 pues ésta simplemente adoptó las medidas para la aplicación del precepto declarado inconstitucional, de tal suerte que a partir de la declaratoria de inexequibilidad, se tornó inaplicable el acto acusado, por carecer de objeto y por adolecer de inconstitucionalidad al igual que la norma para cuya aplicación fue dictado.

De manera que sobra cualquier pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa 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:

Declárase INHIBIDO para pronunciarse de fondo sobre la petición de nulidad de la Resolución 676 de 15 de Marzo de 1985 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, " por la cual se adoptan medidas para la aplicación del artículo 10 de la Ley 4 de 1976."

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en Sesión del día ocho (8) de Julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION-Improcedencia/ **DOCENTE DE MUSICA/ EDUCACION PRIMARIA/CONSERVATORIO**

La sola denominación de la entidad en que laboró el actor, indica que en realidad no se trate de una escuela primaria. La palabra Conservatorio, según el diccionario de la lengua española, significa: "Establecimiento, oficial por lo común, en el que se da enseñanza de música, declamación y otras artes conexas". O sea que, el vocablo sugiere la idea de una institución especializada en impartir conocimientos musicales y de otras artes afines, mas no que la institución que lo ostenta sea una escuela primaria en la inteligencia que el ordenamiento jurídico otorga a esta expresión. Consiguientemente no procede ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 114 de 1913 en favor del actor, en virtud de que no demostró que había sido maestro de escuela primaria como lo exige el artículo 1o. de la mencionada ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3672 . Apelación Sentencia. Actor:José Natalio Barreto Castro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 2 de Julio

de 1988, en virtud de la cual se negaron las súplicas de la demanda promovida por José Natalio Barreto Castro contra la Caja de Previsión Social.

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 de las Resoluciones Nos. 2923 y 3368 de 1983, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, por las cuales se denegó la petición del actor de reconocimiento y pago de pensión de jubilación (fls. 25 a 33)

Como hechos sustentarios de su pretensión adujo, en síntesis, los siguientes: que fundamentándose en lo dispuesto en la Ley 114 de 1913 y por haber laborado más de 20 años como maestro de música en la Sección Primaria del Conservatorio de Música del Tolima, solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, petición que le fue denegada mediante los actos impugnados, cuando inicialmente la administración pensó despacharla favorablemente, según se aprecia en las fotocopias de un proyecto de acto administrativo que nunca nació a la vida jurídica.

Se invocan como normas quebrantadas las leyes 114 de 1913, 4° de 1966, 5° de 1969 y 4° de 1976, así como el Decreto 1221 de 1975, aduciéndose que la primera prevé que a los maestros de escuela primaria oficial que hayan servido al magisterio 20 años y tuvieren 50 años de edad, debe reconocérseles pensión de jubilación y como el accionante laboró en el Conservatorio de Música del Tolima, que tiene sección de primaria como escuela, le asiste el derecho a que se le reconozca la aludida prestación, sin que haya lugar a cuestionar su calidad de maestro de primaria en virtud de la cátedra que dictaba, porque basta que el educador lo sea de una escuela para que sea beneficiario de la susodicha pensión.

Finalmente, argumenta el actor que al negársele esa prestación social, se está desconociendo y violando lo dispuesto en la Ley 4° de 1966 y 5° de 1969 que ordenan liquidar las pensiones con el 75% del factor salarial en el último año de servicio; el Decreto 1221 de 1975 que eleva la cuantía de las pensiones en 33% y la Ley 4° de 1976 que establece reajustes anuales a esta prestación.

El *a-quo* denegó las súplicas de la demanda por cuanto consideró que mediante el artículo 1°. de la ley 114 de 1913 se estableció la pensión-gracia exclusivamente para los maestros que por cuenta de los departamentos laboren en escuelas primarias, pero no para los maestros de primaria de establecimientos de otra índole, como lo son los de enseñanza primaria de artes u oficios, que es el caso del accionante quien se desempeñaba como profesor de saxofón en el Conservatorio del Tolima.

Al sustentar el recurso, el apelante insiste en que la documentación allegada al proceso demuestra que prestó sus servicios como maestro de primaria en el Conservatorio de Música, que su labor se extendió a nivel de bachillerato, pero siempre ostentando la calidad de maestro de primaria y señala que se ignoró que el plan curricular del Conservatorio de Música del Tolima, tiene dos áreas, una común a toda la escuela primaria y la otra propia de la modalidad vocacional musical, tal como lo consigna el artículo 2°. del Decreto 1421 de 1983 (fls. 92-96).

Por su parte, la Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptúa que la sentencia impugnada debe revocarse y, en su lugar, debe accederse a las súplicas de la demanda, pues considera que no existe razón para excluir del beneficio de la pensión consagrada en la Ley 114 de 1913, a un maestro de primaria por el hecho de enseñar la asignatura de música -saxofón y clarinete. Por tanto, si de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de la Sección Administrativa de la Secretaría de Educación, el actor prestó sus servicios como profesor de música a nivel de primaria, aunque simultáneamente lo hizo también en bachillerato, durante más de 20 años, lo procedente es reconocerle la pensión de que trata la Ley 114 de 1913. Así mismo, advierte el colaborador fiscal que el término escuelas "permite otras denominaciones para los establecimientos de esa naturaleza, a diferencia de la opinión del Tribunal del Tolima."

Cumplido el trámite de Ley sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia central, en el *sub lite*, gira en torno a definir si por los servicios prestados como maestro de música por más de 20 años, en el Conservatorio de Música del Tolima, al actor le asiste el derecho a percibir la pensión de jubilación consagrada en la Ley 114 de 1913.

Dispone el artículo 1°. de la citada Ley:

> "Los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley".

Despréndese de la norma transcrita que el accionante debe acreditar su calidad de maestro de escuela primaria, para que esta jurisdicción disponga que la entidad demandada le reconozca y pague la referida prestación.

A ese efecto se allegaron al proceso sendas certificaciones expedidas por el Jefe de Archivo y por la Directora General del Conservatorio de Música del Tolima, cuyos textos, en su orden son:

"Que el señor JOSE NATALIO BARRETO CASTRO, con .C.C No. 2.228.461 expedida en Ibagué prestó sus servicios a este plantel docente Departamental como profesor de tiempo completo de música a nivel de primaria, desde el 1 de Marzo de 1955 y hasta el 31 de Diciembre de 1980 en forma continua y sin interrupción alguna" (fl. 10)

Y:

"Que el señor JOSE NATALIO BARRETO CASTRO con C.C. No. 2.228.461 de Ibagué viene prestando sus servicios al plantel, así:

Del 1° de Marzo de 1955 hasta el 31 de Diciembre de 1959 como profesor de clarinete a nivel de - primaria tiempo completo- y desde el 1° de Enero de 1960, cuando se fundó el Bachillerato Musical hasta la fecha, continúa a nivel de primaria en Música y también como profesor de música a nivel de Secundaria." (fl. 20)

Los anteriores documentos demuestran que el actor realizó su labor de docente en el área de la música a nivel de primaria, pero no acreditan que el Conservatorio de Música del Tolima tenga el carácter de escuela primaria oficial, entendida ésta como la institución pública en donde se imparte la educación básica primaria que es la etapa inicial del proceso educativo formal cuyo objetivo principal, conforme al artículo 7° del Decreto 088 de 1976, es orientar la vocación de los alumnos.

De otra parte, no obra en el expediente ninguna prueba que permita colegir si los planes y programas de estudio del Conservatorio de Música del Tolima corresponden, en su integridad, a los planes y programas de estudio que oficialmente se ha dispuesto que deben adelantar las escuelas primarias del país.

Por lo demás, la sola denominación de la entidad en que laboró el actor, indica que en realidad no se trate de una escuela primaria de conformidad con los parámetros a los cuales se ha hecho mención, puesto que la palabra Conservatorio, según el diccionario de la lengua española, significa: "Establecimiento, oficial por lo común, en el que se da enseñanza de música, declamación y otras artes conexas". O sea que, el vocablo sugiere la idea de una institución especializada en impartir conocimientos musicales y de otras artes afines, más no que la institución que lo ostenta sea una escuela primaria en la inteligencia que el ordenamiento jurídico otorga a esta expresión.

De modo, que en ausencia de prueba que acredite lo aseverado por el libelista, de acuerdo con la anterior definición, debe inferirse que la educación musical que a nivel de primaria impartió aquél, no corresponde a la asignatura de Educación Estética contemplada en el plan de estudios oficialmente previsto para las escuelas primarias, en las cuales, como se dijo, se cumple la etapa

inicial del proceso educativo general, sino a la fase preliminar de los estudios de arte musical, en particular.

Consiguientemente, no procede ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 114 de 1913 en favor de señor Barreto Castro, en virtud de que el demandante no demostró que había sido maestro de escuela primaria como lo exige el artículo 1° de la mencionada ley y, por tanto, la sentencia recurrida debe 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 de dos (2) de Julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por José Natalio Barreto Castro contra la Caja Nacional de Previsión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día Julio ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO- Constitución/**JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA**

Aún cuando las Resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ordena la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, son actos administrativos, su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº.6643. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia "SINTRABANCOL"

Autoridades Nacionales.

Estando el asunto de la referencia para decidir sobre la admisión de la demanda, el Despacho observa:

1) El Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia "SINTRABANCOL", por intermedio de apoderado, acude en demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las Resoluciones números 005895 de 22 de noviembre de 1991 y 000128 de enero 17 de 1992, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las

cuales ordenó la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo, existente entre el Banco de Colombia y el Sindicato demandante.

2) En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha dicho que aun cuando las Resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ordena la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, son actos administrativos, su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

3) En sentencia de mayo 27 de 1992, dictada en el proceso No. 1759, actor: RADIO TROPICAL LTDA., en la cual se impugnaban actos administrativos de idéntica naturaleza a los que constituyen el objeto de la presente demanda, se acogió el criterio jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, sobre la materia. En lo pertinente, se dijo:

> 1) El conflicto colectivo de intereses, entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Radiodifusión del Atlántico "SINTRARADA". y las sociedades "RADIO VISION" y Radio Tropical, " se inició con la denuncia de la convención colectiva, presentada el día 25 de abril de 1.984, la cual finalizó con el laudo arbitral proferido en la ciudad de Barranquilla, por el Tribunal de Arbitramento, el día 1o. de octubre de 1.985, acto contra el cual procedía el recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C. P. L.,para ante la justicia ordinaria laboral.
>
> 2) El efecto jurídico del fallo arbitral tiene por objeto ponerle fin al conflicto, con el carácter de convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, según lo preceptúa, el artículo 461 del C.S.T., cuyo tenor literal, expresa:
>
> "EFECTO JURIDICO Y VIGENCIA DE LOS FALLOS .1. El fallo arbitral pone fin al conflicto y *tiene el carácter de convención colectiva* en cuanto a las condiciones de trabajo." (se subraya)
>
> (...)
>
> La competencia para la solución de los conflictos de trabajo, tanto del sector privado, como de los que surjan en las entidades oficiales, respecto de sus trabajadores oficiales, está asignada por la ley a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 3o. y 4o. del C.S.T. y 2o. y 143 del C.P.L.
>
> 4) La parte actora dirige el ataque contra las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se ordenó la

convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, acto de trámite, en el conflicto colectivo de intereses entre particulares, y sobre cuyo laudo o fallo arbitral, en definitiva, le correspondía dirimirlo a la justicia ordinaria laboral, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C.P.L.

5) La Sala considera que aunque las resoluciones ministeriales acusadas, son actos administrativos, éstos por hacer parte de un todo, sujeto a un juez diferente al contencioso administrativo, carece de jurisdicción para examinar su legalidad, por cuanto la ley no le ha atribuido esta competencia.

6) En efecto , todos los reparos que el actor hace a los actos acusados tales como el trámite en la declaratoria de huelga, de integración al tribunal y de actuación conjunta de los integrantes del tribunal, deben ser dirimidos por la justicia ordinaria, en desarrollo del recurso extraordinario, para que si es del caso, homologue el laudo arbitral o lo anule.

La Corte Suprema de Justicia, en fallos de 19 de julio de 1.982 y 20 de noviembre de 1.970 , dijo al respecto:

"En el recurso de homologación la competencia de la Corte no está circunscrita a la calificación del texto del laudo, sino que la función jurisdiccional *se proyecta* sobre la *naturaleza* misma del conflicto, el *trámite* que se le haya dado, *la integración* del tribunal de arbitramento, el término legal que existe para proferir el laudo, las prórrogas que ese plazo pueda tener, la actuación conjunta de los integrantes del tribunal, el ejercicio mismo de las funciones arbitrales, las suspensiones, los *procedimientos* utilizados para la actuación general y para los *incidentes procesales* que se hayan presentado, la definición de fondo que se haya proferido, sus notificaciones y la concesión inclusive del recurso."(Sala Plena, homologación de julio 19 /82). (se subraya).

En anterior oportunidad, esta misma Corporación, dijo:

"La función de la Corte, en el recurso de homologación no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla si no las afectaren, o para declararla inexequible en caso contrario. Su función es más amplia. *Examina la regularidad del laudo*, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación, *si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley*, si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia

debatida. *El control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte es, pues, completo.*" (C: S: de J., sentencia de noviembre 20/70). (se subraya).

7. No sobra advertir, que cuando la ley le fija jurisdicción a un juez ordinario, para dirimir un conflicto, la existencia de un acto administrativo dentro del proceso previo, no hace perder la jurisdicción ya establecida.

Ello ocurre por ejemplo, cuando para acudir al juez laboral, el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, sin que ello quiera decir que el juez laboral resolverá la situación del despido, y el juez de lo contencioso administrativo, la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó la vía gubernativa. (art. 6o. C.S.T.)

8. Sobre la no procedibilidad, ante ésta jurisdicción de resoluciones que ordenan la convocatoria de tribunales de arbitramento en conflictos de carácter laboral, se pronunció esta Sala mediante fallo inhibitorio de 12 de marzo de 1.991, expediente 1648. Dijo la Sala en esa oportunidad:

"Es bien sabido, por otra parte, que el laudo arbitral en casos de tribunales especiales es susceptible de recurso de homologación ante la Corte, la cual tiene facultad de verificar la "regularidad del laudo", lo que significa que lo ha de examinar en todos sus aspectos, incluyendo el trámite previo."

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se inadmitirá la demanda, por falta de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Por falta de jurisdicción INADMITASE la demanda presentada mediante apoderado judicial, por el Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia "SINTRABANCOL".

Segundo.- Para los efectos de esta providencia, reconócese a la abogada MAGALY RAMOS SANCHEZ, como apoderada del Sindicato demandante, en los términos del poder visible a folio 1 del expediente.

Tercero.- Ejecutoriada esta providencia , sin necesidad de desglose, devuélvanse al interesado los documentos acompañados con la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Diego Younes Moreno.

PRESTACIONES SOCIALES PERIODICAS ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD- Término

El artículo 136 del C.C.A., en el cual se fundamenta el recurrente, si bien dispone que los actos que "reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo", sugiere a contrario sensu, que no lo podrán aquellos que las nieguen u omitan reconocerlas, como es el caso del sub-lite, por cuanto el accionante reclama el pago de una suma superior a la señalada en el acto, esto es, no reconocida por la entidad demandada. La cesantía se reconoce y paga mediante un acto final y único y, en tal virtud, no tiene la naturaleza periódica que le atribuye el recurrente, sino la de prestación unitaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 6813 Actor: Didimo Vargas Tabares

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el auto del 4 de marzo de 1992 el cual el Tribunal administrativo de Risaralda inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Dijo al respecto el Tribunal:

"Se observa a folio 47 que la Resolución acusada fue notificada al actor Vargas Tabares el 3 de abril de 1990, lo cual quiere decir , de conformidad con el artículo 136 del C.C.A., que esta clase de acción está caducada, en virtud de haber transcurrido más de cuatro meses contados a partir del día de su notificación para ser instaurada la demanda y por ello se inadmitirá". (fl. 59).

Al impugnar la decisión , sostiene el recurrente, con apoyo en los artículos 131, 132 y 136 del C.C.A., que no se trata de demandar "el restablecimiento de un derecho cualquiera, sino, nada menos que de uno de carácter laboral que es irrenunciable, protegido legal y constitucionalmente por normas que son de orden público, como lo es el derecho al reconocimiento y pago efectivo, real y oportuno de las cesantías definitivas". (fl. 73).

Agrega que se trata de una petición o derecho de carácter laboral "periódico por su causación " y que, al tenor del inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., la acción o demanda puede proponerse en cualquier tiempo.

Por su parte, la apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social, parte contraria en el proceso, manifiesta que el accionante se notificó de la Resolución antes citada el 3 de abril de 1990 y, luego de transcurridos , más de cuatro meses, instauró la demanda, de lo cual deduce que " el Actor dejó precluir el término señalado en el Art. 136 inciso 2º del Decreto 01/84, modificado por el Decreto 2304/89 ..."(fl. 82).

Explica luego que la cesantía definitiva no es una prestación periódica porque tiene lugar cuando el trabajador se retira y se paga "por una sola vez " y que, además, no se agotó la vía gubernativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Resolución acusada Nº J-002100 de 1990, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, dispuso el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva del accionante por valor de $1'312.360.45 (fl. 46).

En la demanda, adicionada y sustituida en cuanto al petitum, se impetra el restablecimiento del derecho "por el no pago de prestación social como lo es la cesantía definitiva , al señor DIDIMO VARGAS TABARES, en una cuantía de dos millones ciento sesenta y un mil quinientos cuarenta y nueve pesos con treinta y tres centavos, por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL"(fl. 57).

Ahora bien, consta en autos que la resolución enjuiciada fue notificada el 3 de abril de 1990 (fl. 49 numeral 7) y que el libelo se presentó el 19 de febrero de 1992 (fl. 57 vlto) y su adición , el 21 de febrero siguiente (fl. 58 vlto), lo que indica, sin duda alguna, que asiste razón al Tribunal para inadmitir el escrito por caducidad de la acción.

En efecto, el inciso 3º del artículo 136 del C.C.A., en el cual se fundamenta el recurrente, si bien dispone que los actos que "reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo", sugiere, a contrario sensu, que no lo podrán aquellos que las nieguen u omitan reconocerlas, como es el caso del sub-lite, por cuanto el accionante reclama el pago de una suma superior a la señalada en el acto, esto es, no reconocida por la entidad demandada.

La Sala, en un caso de características similares, con ponencia del Consejero Dr. Diego Younes Moreno, dijo sobre el particular:

> "El inciso 3º del artículo 136 del C.C.A. permite demandar "en cualquier tiempo" sólo los actos que reconocen prestaciones periódicas, pero no prevé la posibilidad de demandar "en cualquier tiempo" los actos que nieguen tales prestaciones".(Auto del 13 de febrero de 1991, actor: Gonzalo Ochoa Duque).

Cabe anotar que la cesantía se reconoce y paga mediante un acto final y único y, en tal virtud, no tiene la naturaleza periódica que le atribuye el recurrente, sino la de prestación unitaria.

De manera que , no siendo aplicable al caso sub-lite lo dispuesto en el inciso invocado, forzoso es concluir que la acción se encontraba caducada para la fecha en que se presentó la demanda, en razón de lo dispuesto en el artículo 136, inciso segundo, de la norma, según el cual "La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso".

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

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Reconócese a la Doctora MARIBEL MENDOZA JIMENEZ como apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social según poder a ella conferido. (fl. 78).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de julio de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas , Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES / EMPLEADO PUBLICO/ GOBIERNO/ COMPETENCIA / UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA

Según los lineamientos que trazaba la Carta Política de 1886, vigentes para la fecha de expedición del Acuerdo enjuiciado, la función de señalar los salarios y las prestaciones sociales de los empleados públicos era exclusiva del legislador y extraordinariamente la ejercía el Presidente de la República. Según los postulados de la Constitución de 1991, esta función corresponde al gobierno, dentro de los objetivos y criterios que señale la ley. En esas condiciones, se observa que la función de señalar el régimen salarial y las prestaciones sociales de los docentes de la Universidad Tecnológica de Pereira, no corresponden al Consejo Superior de dicho centro educativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6832 Actor : Marco Marín Vélez.

El señor MARCO MARIN VELEZ - *Fiscal primero del Tribunal Administrativo de Risaralda*, acude en demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 1o. del acuerdo No. 00009 de abril 22 de 1983, expedido por el consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira.

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

Como en capítulo separado de la demanda , se solicita la suspensión provisional del Acuerdo demandado, la Sala procede a su examen y decisión, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1) De conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que la medida de suspensión provisional sea procedente, es indispensable la reunión de los siguientes requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que aquélla sea admitida.

b) Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

2) En el caso presente, se cumple con el primer requisito, es decir, la medida se solicitó de modo expreso y en capítulo separado de la demanda, antes de que ella fuera admitida.

3) Como en la presente demanda, se ejercita la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., para efecto de atender la solicitud de suspensión provisional , se examina a continuación la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, así:

a) El acuerdo demandado:

Se pretende la nulidad y suspensión provisional del articulo 1o. del Acuerdo No. 00009 de abril 22 de 1983, por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, mediante el cual se señalan las prestaciones sociales de los docentes de la Universidad y se dictan otras disposiciones, cuyo texto literal es el siguiente:

ARTICULO PRIMERO:

Al personal docente de la Universidad, se le continuarán pagando las siguientes prestaciones sociales:

1. Primas.

a. Prima de Navidad: Un sueldo pagadero en los primeros 15 días de diciembre, según la ley.

b. Prima de Servicios : En la forma establecida por el Acuerdo número 00005 de 1981, Artículo 3o. del Consejo Superior.

c. Prima de Vacaciones: En la forma establecida por el Acuerdo número 00005 de 1981, Artículo 3o., del Consejo Superior.

d. Prima de Antigüedad: En la forma establecida por los Acuerdos números 00007, Artículo 5o., y 00011, Artículo 2o. de 1982, del Consejo Superior.

e. Prima de 5 años de Servicio: En la forma establecida por el literal e) del Artículo 6o. de la convención suscrita el 30 de enero de 1975.

f. Prima de 10 años de Servicio: en la forma establecida por la Resolución número 395 de 1971, de la Rectoría.

g. Prima de 20 años de servicio: En la forma establecida por el Artículo 12 del Acuerdo 00007 de 1982, del Consejo Superior.

2. Auxilios.

a. De Escolaridad: En la forma establecida por el Artículo 4o. del Acuerdo número 00007 de 1982, del Consejo Superior.

b. De Maternidad: En la forma establecida por el Artículo 1o. del Acuerdo No. 00011 de 1982, del Consejo Superior.

c. Auxilio Funerario: En la forma establecida por el Artículo 3o. del Acuerdo número 00011 de 1982, del Consejo Superior. Los auxilios se aumentarán a $20.000.oo por la muerte de la esposa o compañera permanente del profesor, padres e hijos que dependan económicamente del docente ; y a $50.000.oo en caso de muerte del profesor.

d. Seguro de Vida: en la forma establecida por el Artículo 17 del Acuerdo número 00015 de 1980, del Consejo Superior.

e. Exención de matrícula: En la forma establecida por el Artículo 22 de la Convención de marzo de 1977.

3. Gastos de Representación.

En la forma establecida por el Artículo 14 del Acuerdo número 00007 del Consejo Superior.

4. Las prestaciones y auxilios que no están en cabeza del profesor, directamente, se transferirán a las entidades legalmente establecidas, tales como el FAVI, FASUT, etc. etc.

b) Normas de orden superior invocadas como transgredidas:

-Artículo 76, numeral 9) de la Constitución de 1886, vigente para la fecha de expedición del acto acusado.

-Artículos 113 y 150, numeral 19, literal e) de la Constitución de 1991.

4) Concepto de violación:

El demandante considera que el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, con la expedición del acto atacado, transgredió los cánones constitucionales que le sirven de fundamento para la solicitud de suspensión provisional, pues con tal proceder, usurpó funciones que le corresponden a la Rama Legislativa y extraordinariamente al Presidente de la República.

CONSIDERACIONES:

1) Se pretende mediante esta demanda, la nulidad y suspensión provisional del Acuerdo No. 00009 de abril 22 de 1983, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, mediante el cual señaló las prestaciones sociales a que tienen derecho los docentes de dicha Universidad.

2) La Universidad Tecnológica de Pereira, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional, y los docentes que prestan sus servicios a dicha institución, son empleados públicos.

3) Se contrae la controversia a dilucidar, si conforme a la Constitución vigente para la fecha de expedición del acto demandado y frente a los postulados de la Constitución de 1991, el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, tenía atribución para fijar las prestaciones sociales de los docentes pertenecientes a dicho centro educativo.

4) Las normas constitucionales que el actor cita como vulneradas, en lo pertinente, disponen:

a) Artículo 76, numeral 9o. de la Carta Política de 1886:

Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

9. Determinar la estructura de la administración nacional, mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos , y fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales.

b) Numeral 19, literal e) del artículo 150 de la actual codificación constitucional:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...

19. Dictar las normas generales , y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

...

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del congreso nacional y de la fuerza pública.

5) Según los lineamientos que trazaba la Carta Política de 1886, vigentes para la fecha de expedición del Acuerdo enjuiciado, la función de señalar los salarios y las prestaciones sociales de los empleados públicos era exclusiva del legislador y extraordinariamente la ejercía el Presidente de la República. Según los postulados de la Constitución de 1991, esta función corresponde al gobierno , dentro de los objetivos y criterios que señale la ley.

En esas condiciones , se observa que, la función de señalar el régimen salarial y las prestaciones sociales de los docentes de la Universidad Tecnológica de Pereira, no corresponden al Consejo Superior de dicho centro educativo, y por esa razón, sin necesidad de hacer reflexiones jurídicas adicionales, se accederá a decretarla.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Admítese la demanda presentada por el señor Fiscal Primero del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda.

Segundo.- Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

Tercero.- Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda, al Rector de la Universidad Tecnológica de Pereira, haciéndole entrega de copia de la demanda con sus anexos.

Para la práctica de esta notificación personal, comisiónase al Tribunal Administrativo de Risaralda, a quien se le librará despacho comisorio con los insertos del caso, concediéndole un término de quince (15) días, libres de distancia para su cumplimiento.

Cuarto.- Por Secretaría y mediante oficio, solicítese a la entidad demandada el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición del acto demandado.

Quinto.- Fíjese el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A.

Sexto.- No hay lugar a señalar suma alguna , por concepto de depósito para gastos ordinarios del proceso.

Séptimo.- SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el artículo 1o. del Acuerdo No. 00009 de abril 22 de 1983, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

COPIESE Y NOTIFIQUESE,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala , en sesión realizada el día ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas , Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA POR CUANTIA

Para la fecha de presentación de la demanda, los tribunales administrativos conocían en única instancia, de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no excediere de $120.000.oo. Conforme a la operación matemática antes realizada, el cargo que desempeñaba el actor, tenía una asignación mensual de $128.345.oo, suma que sin necesidad de examinar la naturaleza de los demás factores suministrados en la certificación varias veces mencionada, es suficiente para que esta Corporación tenga competencia para conocer del asunto en segunda instancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda Sala de Decisión

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6090. Actor: *Diego Fernando Suárez León*

Decide la Sala el recurso ordinario de súplica, interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de noviembre 29 de 1991.

ANTECEDENTES:

1) El señor DIEGO FERNANDO SUAREZ LEON, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que solicitó la nulidad y restablecimiento del derecho de la Resolución No. 0703 de febrero 6 de 1991, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual lo retiró del servicio activo, como oficial del ejército, grado de Teniente.

2) En providencia de junio 24, el Tribunal concedió al interesado un término de cinco (5) días, "para que presente la copia de la petición hecha a la Administración, solicitando copia del acto administrativo demandado".

3) Como venció el término concedido al actor, sin que cumpliera lo ordenado por el Tribunal, en aplicación de lo dispuesto en la parte final del inciso 2º del artículo 143 del C.C.A., mediante auto de julio 22 de 1991, rechazó la demanda.

4) Contra el referido auto, el actor interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido mediante auto de julio 30 de 1991.

EL AUTO SUPLICADO:

La providencia que es materia del recurso de súplica, decidió:

> Como quiera que la cuantía del proceso se determina por la asignación mensual *correspondiente al cargo* y ésta no alcanza la suma requerida para que sea de conocimiento de esta Corporación en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 132 -num. 6o.- inciso 3o. del Código Contencioso Administrativo, es del caso inadmitir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 22 de julio de 1991.

FUNDAMENTOS DE LA SUPLICA:

Del memorial que contiene el recurso de súplica, puede sintetizarse lo siguiente:

1) Que aportó al proceso, certificados en donde consta que los últimos haberes" devengados por el actor, ascienden a la suma de $157.240.30, cantidad superior a la exigida por el inciso 3o., numeral 6o. del art. 132 del Decreto 01 de 1984, reformado por el artículo 2o. del Decreto 597 de 1988, o sea la suma de $80.000.oo.

2) Que el auto recurrido habla de asignación mensual correspondiente al cargo, queriendo ello decir, que según la definición dada por el Diccionario

de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo asignación equivale a "cantidad señalada por sueldo o por otro concepto", y la palabra sueldo, según el C.S.T., es el salario estipulado por períodos mayores de días, o sea por mes y que de acuerdo con el art. 127 ibídem, define como salario, no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implica retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

3) Para el caso concreto, según la ley laboral militar, Decreto Ley 1211 de 1990, art. 162, habla de "haberes", para la liquidación de prestaciones sociales de los militares, los cuales están indicados en el art. 158 del mencionado estatuto.

4) Teniendo en cuenta los últimos haberes devengados por el actor, estos ascienden a la suma de $157.240.30, de donde resulta que el proceso es de dos instancias, pues dicha suma supera ampliamente la cantidad de $80.000.oo exigida en el inciso 3o., num. 6o. del art. 2o. del Decreto 597 de 1988.

5) Que si solamente se tiene en cuenta la asignación mensual correspondiente al cargo, interpretando esta frase, como sueldo básico, este asciende a la suma de $96.500.oo mensuales, tal como lo demuestra con la certificación allegada a los autos, suma que también está por encima de los $80.000.oo de que trata el num. 6o. del art. 132 del Decreto 01 de 1984, modificado por el art. 2o. del Decreto 597 de 1988.

6) Que el artículo 4o. del Decreto 597 de 1988 que modificó el artículo 267 (sic) del Decreto 01 de 1984, dispuso que las cuantías en la jurisdicción contencioso administrativa, se reajustarían en un 40% cada dos años, contados a partir del 1o. de enero de 1990, debiéndose aplicar el primer reajuste, el 1o. de enero de 1992.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se contrae la controversia a dilucidar :

1) Cuantía exigida en la ley para que al asunto le corresponda el trámite de los procesos de dos instancias.

2) Factor determinante de la cuantía.

3) Fecha a partir de la cual se aplica el reajuste de las cuantías del 40%, dispuesto en el art. 265 del C.C.A., modificado por el art. 4o. del Decreto 597 de 1988.

CUANTIA EXIGIDA EN LA LEY PARA QUE AL ASUNTO LE CORRESPONDA EL TRAMITE DE LOS PROCESOS DE DOS INSTANCIAS:

a) La demanda fue presentada personalmente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de junio de 1991, y recibida en el Tribunal Administrativo del Tolima, el día 12 del mismo mes y año. Es decir, se considera presentada el 12 de junio de 1991, atendiendo el tenor literal del art. 142 del C.C.A.

b) Para la fecha de presentación personal de la demanda (junio 12 de 1991), según el artículo 131 del C.C.A., modificado por el art. 2o. del Decreto 597 de 1988, los tribunales administrativos conocían privativamente y en única instancia:

...

6) De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos ($500.000.oo).

En este caso, la cuantía para efectos de la competencia se determinará así:

...

Sin embargo, de los procesos sobre actos de destitución, declaración de insubsistencia, revocatoria de nombramiento o cualquiera otros que impliquen retiro del servicio, conocerán en única instancia los Tribunales Administrativos cuando la asignación mensual correspondiente al cargo, no exceda de ochenta mil pesos ($80.000.oo).

c) El artículo 265 del C.C.A., modificado igualmente por el artículo 4o. del Decreto 597 de 1988, dispone:

Las cuantías y su reajuste. Los valores expresados en moneda nacional por este código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el primero (1o.) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior.

d) Realizada la operación aritmética para obtener el reajuste de la cuantía, en el referido porcentaje, se tiene que para la fecha de presentación de la demanda (junio 12 de 1991), los Tribunales Administrativos conocían

en única instancia, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no excediera de ciento veinte mil pesos ($120.000.oo).

e) Para saber cual era la asignación mensual correspondiente al cargo que desempeñaba el actor, a petición del consejero conductor del proceso, se allegó una certificación en la cual consta que en el mes de febrero de 1991, al actor le "fueron presupuestados los siguientes haberes":

SUELDO BÁSICO	$ 96.500.00
PRIMA DE ACTIVIDAD (33%)	31.845.00
PRIMA DE ALIMENTACIÓN	4.920.00
ADIC SUELDO BÁSICO	17.410.00
ADICPRINACTIVIDADMIL	5.745.00
ADICPRINALIMENTACION	820.00

f) Ahora bien, como las normas que señalan las reglas para establecer la competencia por el factor cuantía, disponen que ésta se determinará por la asignación mensual correspondiente al cargo, es indispensable verificar si a los datos de que da cuenta la certificación allegada al expediente, puede atribuírseles la calidad de factores integrantes de la asignación mensual correspondiente al cargo, en el grado de teniente del Ejército Nacional, que desempeñaba el demandante.

g) Partiendo de la base de que la asignación mensual correspondiente al cargo, está integrada por aquellos elementos genéricos que determinan la retribución del cargo, contenidos en las normas sobre escalas de remuneración de los distintos empleos, que tienen la virtualidad de ser fijos y permanentes, habrán de confrontarse los factores y sus valores, dados en la certificación, con las disposiciones que regulan la materia, para llegar a la convicción inequívoca sobre si ellos son constitutivos de asignación mensual correspondiente al cargo.

h) Las normas genéricas sobre las asignaciones para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, están contenidas en el Decreto No. 1211 de 1990, el cual en sus artículos 73 y 84, regulan lo relativo a asignaciones y prima de actividad, respectivamente. Para un mejor entendimiento, se transcriben a continuación:

> Artículo 73.- Asignaciones mensuales.. Las asignaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, serán las determinadas por las disposiciones legales vigentes.
>
> Artículo 84.- Prima de actividad. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

i) El artículo 73 del Decreto 1211 de 1990, dispone que las asignaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, serán las determinadas por las disposiciones legales vigentes, y estas últimas, están contenidas en el Decreto No. 145 de 1991, aplicable al sub-lite, el cual en el artículo 1o., dispone que el sueldo básico para el grado de teniente es de $96.500.oo.

j) La prima de actividad consagrada en el artículo 84 del mencionado decreto 1211 de 1990, reviste la característica de elemento constitutivo de la asignación mensual correspondiente al cargo, pues está prevista en la norma sobre asignaciones para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como elemento impersonal determinante de la retribución del empleo, de manera fija y permanente.

En efecto, TODO OFICIAL, como en el caso de la referencia, devenga ese concepto por el hecho de serlo, a diferencia de otros emolumentos específicos y condicionados a determinados resultados para que se causen.

k) En esas condiciones, para establecer la cuantía, según la asignación mensual correspondiente al cargo, debe sumarse, al sueldo mensual, el porcentaje dispuesto por concepto de prima de actividad.

Sueldo mensual	$ 96.500.oo
Prima de actividad (33%)	$ 31.845.oo
Total asignación por estos 2 conceptos	$128.345.22

De lo anterior resulta que, para la fecha de presentación de la demanda, los tribunales administrativos conocían en única instancia, de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la asignación mensual correspondiente al cargo no excediere de $120.000.oo. Conforme a la operación matemática antes realizada, el cargo que desempeñaba el actor en el grado de teniente, tenía una asignación mensual de $128.345.oo, suma que sin necesidad de examinar la naturaleza de los demás factores suministrados en la certificación varias veces mencionada, es suficiente para que esta Corporación tenga competencia para conocer del asunto en segunda instancia.

Las razones antes expuestas, llevan a la Sala de Decisión a revocar el auto suplicado.

RESUELVE:

REVOCASE el auto de noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

En su lugar, se dispone que al asunto se le imprima el trámite de la segunda instancia.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Constitución/RECURSO EXTRAORDINARIO DE HOMOLOGACION/JURISDICCIÓN ORDINARIA/COMPETENCIA

Aun cuando las Resoluciones mediante las cuales el Ministro de Trabajo y Seguridad Social ordena la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio son actos administrativos, ellos hacen parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación, es decir que el juzgamiento de estos actos, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6128. Actor : COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A. (*RUBEN ORLANDO DIAZ LARA*)

En el presente, se observa lo siguiente:

1) Se ejercita la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones Nos. 000179 de enero 24 de 1991 y 002303 de mayo 22 del mismo año, expedidas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales ordenó la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, de los previstos en el artículo 3o. de la ley 48 de 1968, para que

estudie y decida el diferendo laboral colectivo, existente entre la empresa colombiana SEWING MACHINE COMPANY y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Comercio "SINTRACOMERCIO".

2) En providencia de marzo 4 del año en curso, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional.

3) En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha dicho que aun cuando las Resoluciones mediante las cuales el Ministro de Trabajo y Seguridad Social ordena la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio son actos administrativos, ellos hacen parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación, es decir que el juzgamiento de estos actos, corresponde a la jurisdicción ordinaria.

4) En sentencia de mayo 27 de 1992, dictada en el proceso No. 1759, actor: RADIO TROPICAL LTDA., en la cual se impugnaban actos administrativos de idéntica naturaleza a los que constituyen el objeto de la presente demanda, se acogió el criterio jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, sobre la materia. En lo pertinente, se dijo:

> 1) El conflicto colectivo de intereses, entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Radiodifusión del Atlántico "SINTRARADA", y las sociedades "Radio Visión" y "Radio Tropical", se inició con la denuncia de la convención colectiva, presentada el día 25 de abril de 1.984, la cual finalizó con el laudo arbitral proferido en la ciudad de Barranquilla, por el Tribunal de Arbitramento, el día 1o. de octubre de 1.985, acto contra el cual procedía el recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C.P.L., para ante la justicia ordinaria laboral.
>
> 2) El efecto jurídico del fallo arbitral tiene por objeto ponerle fin al conflicto, con el carácter de convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, según lo preceptúa, el artículo 461 del C.S.T., cuyo tenor literal, expresa:
>
> "EFECTO JURÍDICO Y VIGENCIA DE LOS FALLOS. 1. El fallo arbitral pone fin al conflicto y *tiene el carácter de convención colectiva* en cuanto a las condiciones de trabajo." (se subraya)
>
> (...)
>
> La competencia para la solución de los conflictos de trabajo, tanto del sector privado, como de los que surjan en las entidades oficiales, respecto

de sus trabajadores oficiales, está asignada por la ley a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 3o. y 4o. del C.S.T. y 2o. y 143 del C.P.L.

4) La parte actora dirige el ataque contra las resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se ordenó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, acto de trámite, en el conflicto colectivo de intereses entre particulares, y sobre cuyo laudo o fallo arbitral, en definitiva, le correspondía dirimirlo a la justicia ordinaria laboral, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de homologación, consagrado en el artículo 143 del C.P.L.

5) La Sala considera que aunque las resoluciones ministeriales acusadas, son actos administrativos, éstos por hacer parte de un todo, sujeto a un juez diferente al contencioso administrativo, carece de jurisdicción para examinar su legalidad, por cuanto la ley no le ha atribuido esta competencia.

6) En efecto, todos los reparos que el actor hace a los actos acusados tales como el trámite en la declaratoria de huelga, de integración al tribunal y de actuación conjunta de los integrantes del tribunal, deben ser dirimidos por la justicia ordinaria, en desarrollo del recurso extraordinario, para que si es del caso, homologue el laudo arbitral o lo anule.

La Corte Suprema de Justicia, en fallos de 19 de julio de 1.982 y 20 de noviembre de 1.970, dijo al respecto:

"En el recurso de homologación la competencia de la Corte no está circunscrita a la calificación del texto del laudo, sino que la función jurisdiccional *se proyecta* sobre la *naturaleza* misma del conflicto, *el trámite* que se le haya dado, *la integración* del tribunal de arbitramento, el término legal que existe para proferir el laudo, las prórrogas que ese plazo pueda tener, la actuación conjunta de los integrantes del tribunal, el ejercicio mismo de las funciones arbitrales, las suspensiones, los *procedimientos* utilizados para la actuación general y para los *incidentes procesales* que se hayan presentado, la definición de fondo que se haya proferido, sus notificaciones y la concesión inclusive del recurso." (Sala Plena, homologación de julio 19/82). (se subraya).

En anterior oportunidad, esta misma Corporación, dijo:

"La función de la Corte, en el recurso de homologación no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla si no las afectaren, o para declararla inexequible en

caso contrario. Su función es más amplia. *Examina la regularidad del laudo*, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación, *si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley*, si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida. *El control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte es, pues, completo."* (C. .S. de J., sentencia de noviembre 20/70). (se subraya).

7) No sobra advertir, que cuando la ley le fija jurisdicción a un juez ordinario, para dirimir un conflicto, la existencia de un acto administrativo dentro del proceso previo, no hace perder la jurisdicción ya establecida.

Ello ocurre por ejemplo, cuando para acudir al juez laboral, el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, sin que ello quiera decir que el juez laboral resolverá la situación del despido, y el juez de lo contencioso administrativo, la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó la vía gubernativa (art. 6o. C.S.T.).

8) Sobre la no procedibilidad, ante ésta jurisdicción de resoluciones que ordenan la convocatoria de tribunales de arbitramento en conflictos de carácter laboral, se pronunció esta Sala, mediante fallo inhibitorio de 12 de marzo de 1.991, expediente 1648. Dijo la Sala en esa oportunidad:

"Es bien sabido, por otra parte, que el laudo arbitral en casos de tribunales especiales es susceptible de recurso de homologación ante la Corte, la cual tiene facultad de verificar la "regularidad del laudo", lo que significa que lo ha de examinar en todos sus aspectos, incluyendo el trámite previo."

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se declarará la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1) DECLARASE LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto mediante el cual se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional, inclusive.

2) En su lugar se dispone:

Por falta de jurisdicción, INADMITESE la demanda presentada mediante apoderado judicial por COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse los documentos presentados con la demanda, sin necesidad de desglose.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Diego Younes Moreno.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, el fallo de mayo 29 de 1992, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO, Exp. 1759, Actor: RADIO TROPICAL S.A., sobre conflictos de trabajo y competencia de la jurisdicción ordinaria.

DEMANDA/INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/ JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA

La nulidad de los actos administrativos demandados es viable obtenerla en ejercicio de la pertinente acción contenciosa administrativa. Pero si como consecuencia de ello lo que se pide es el reconocimiento y pago de prestaciones laborales cuyo desconocimiento proviene de la cancelación de un contrato de trabajo -materia reservada al juez ordinario laboral- es evidente que se presenta indebida acumulación de pretensiones (art. 82 C. de P.C.).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia:Expediente Nº. 6624. Apelación Interlocutorios. Actor: *Daniel de Jesús Molina*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante, señor Daniel de Jesús Molina contra el auto proferido el 24 de enero de 1992 por el Tribunal Administrativo de Antioquia y mediante el cual se inadmitió la demanda por él presentada contra la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Dos razones tuvo el Tribunal para tomar esa decisión: que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer de este proceso

toda vez que la controversia se origina en un contrato de trabajo y las pretensiones deben formularse ante un juez ordinario laboral, puesto que los artículos 131 y 132 del C.C.A. sólo fijan competencia a los tribunales contencioso administrativos en los procesos de restablecimiento del derecho que no provengan de un contrato de trabajo.

Con respecto al no agotamiento de la vía gubernativa, el a-quo consideró que mientras el Sindicato de Trabajadores de NOEL pidió por la vía administrativa la reparación del daño causado y el pago de "cuotas sindicales dejadas de percibir con motivo de la desvinculación masiva de socios de la organización...", el demandante solicita que se le paguen, a manera de reparación del daño "... los valores equivalentes a salarios y prestaciones sociales dejados de percibir". A juicio del Tribunal es claro entonces que el agotamiento de la vía gubernativa por parte del Sindicato no abarca al demandante.

En la sustentación del recurso el apelante sostiene que la controversia no se origina en un contrato de trabajo. Que el Ministerio de Trabajo ejerció poderes de policía administrativa al calificar los despidos masivos que se presentaron en Industrias Noel .S.A. y que por ello esa calificación es como cualquier litigio administrativo originado por la actividad de las entidades públicas. Añade que puesto que es imposible que se le restablezca en su derecho, no pide reintegro y pago de prestaciones laborales sino reparación del daño.

Sobre el agotamiento de la vía gubernativa dice que no es cierto que el sindicato haya pretendido el pago de cuotas sindicales como restablecimiento del derecho y que su única pretensión fue la declaratoria de que hubo despidos colectivos; y agrega: "No se entienda por qué ni de dónde deduce la sección que no se agotó la vía gubernativa por el hecho de que la organización sindical y mi representado en demandas separadas, persigan la reparación de los daños sufridos por el acto administrativo cuya nulidad se pretende...".

Para resolver se formulan, previas, estas

CONSIDERACIONES:

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado de manera constante y reiterada, el ejercicio de las acciones contencioso administrativas no es arbitrario ni caprichoso sino que en cada caso ha de hacerse uso de aquellas que la ley determina. No le es dado tampoco al demandante darle a las acciones denominación diferente a la que tienen por virtud de la ley, ni menos acomodarlas a voluntad para derivar de su ejercicio resultados no previstos en la legislación.

En este caso, por ejemplo, lo primero que se observa es que el accionante acude en ejercicio de la acción de "nulidad y reparación del daño", cuando no puede ignorar que su nombre correcto es "Nulidad y restablecimiento del derecho", conforme lo establece el artículo 85 del C.C.A.

La consecuencia natural y obvia de la eventual prosperidad en este tipo de acciones, tras ser declarada la nulidad del acto administrativo que se controvierte, es, precisamente, el restablecimiento del derecho -para el caso, la declaratoria de existencia de despidos colectivos en NOEL-; luego no le asiste razón al accionante cuando afirma que por no ser posible obtener el restablecimiento del derecho, pide la reparación del daño, porque ese restablecimiento se produciría automáticamente ante tal declaración, que le abriría la posibilidad de reclamar ante la justicia ordinaria las indemnizaciones que legalmente se derivan de ella.

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares al presente y es así como en auto de junio 5 de 1992 (Expediente 6771. Actor: Esaú Mesa Escobar), con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas, dijo:

> "La pretensión de reparación del daño deducida frente a la administración, ante la imposibilidad de obtener un restablecimiento del derecho, pierde entonces su razón de ser y resulta exótica pues ninguna relación de causalidad tiene con el acto cuya nulidad se pretende.
>
> El daño que afirma el accionante le fue inferido, consistente en privarlo de salarios y prestaciones derivados de su contrato de trabajo, no proviene de la actuación administrativa, sino del acto patronal que le canceló su contrato de trabajo y por ello la indemnización a que aspira debe reclamarla, como bien lo dijo el Tribunal, al patrono, por medio de la jurisdicción ordinaria ..."

Ciertamente, la nulidad de los actos administrativos demandados es viable obtenerla en ejercicio de la pertinente acción contencioso administrativa. Pero si como consecuencia de ello lo que se pide es el reconocimiento y pago de prestaciones laborales cuyo desconocimiento proviene de la cancelación de un contrato de trabajo -materia reservada al juez ordinario laboral- es evidente que se presenta indebida acumulación de pretensiones (art. 82 C.P.C.) y por tanto el auto apelado, aun cuando por razones diversas, debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de enero de 1992 y mediante el cual se inadmitió la demanda presentada por Daniel de Jesús Molina Octavio contra la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-.

Cópiese, notifíquese y en firme este proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 8 de Julio de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL-Ingreso/**INSCRIPCION**

Una cosa es indicar la posibilidad de ingresar a la carrera judicial "previo análisis de los documentos presentados para el efecto"; y otra muy diferente, que con la sola presentación de ellos, se tuviera la obligación de hacer la inscripción, que es lo que pretende el demandante. Ni el artículo 152 del Decreto 52 de 1987, ni el Decreto 1190 de 1986, al igual que ninguna de las otras normas invocadas, hacen derivar de tal solicitud la existencia de derecho adquirido alguno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 3844. Autoridades Nacionales. Actor : Marco Roberto Barrera Santos.

El señor Marco Roberto Barrera Santos, solicitada mediante apoderada y en ejercicio de la entonces denominada acción de restablecimiento del derecho, la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 496 y 1875, de Octubre 31 de 1987 y Marzo 8 de 1988, respectivamente, expedidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.E., mediante la primera de las cuales le niega la solicitud de inscripción en la carrera judicial y, la segunda no accede a la reposición de aquella.

El actor dice en su libelo introductorio que viene prestando sus servicios en la rama jurisdiccional desde el 1°. de Julio de 1979, tiempo durante el cual se ha distinguido por su honorabilidad, responsabilidad, dedicación y eficiencia en el ejercicio de sus funciones. Presentó solicitud de inscripción en la carrera judicial ante la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional el 27 de Mayo de 1986, la que fue posteriormente enviada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que decidiera sobre la petición formulada, conforme a lo establecido en el artículo 133, inciso 2 del Decreto 52 de 1986. Este Tribunal mediante Resolución No- 496 de Octubre 31 de 1987, continúa diciendo el acápite de hechos, le negó su inscripción en la carrera, acto contra el cual interpuso recurso de reposición, recurso que fue desatado negativamente mediante providencia de Mayo 30 de 1988, quedando así agotada la vía gubernativa. Concluye la parte fáctica, señalando que los actos administrativos cuya nulidad se demanda, fueron expedidos con violación de la ley, de manera irregular, falsamente motivados y con abuso o desviación de las atribuciones propias de la Corporación que los profirió, por basarse en normas derogadas.

Señala el libelista como disposiciones violadas, los artículos 16, 20, 30 y 162 de la Constitución Nacional, el Decreto 1190 de Abril 15 de 1986 en sus artículos 2 y 4, y el artículo 132 del Decreto 52 de 1987.

Dentro del capítulo del concepto de la violación argumenta el demandante que dentro de un estado de derecho, como el que nos rige, las facultades, las atribuciones y competencias de los diferentes órganos del Estado, deben ejercitarse con arreglo al ordenamiento jurídico; al negarse la inscripción en la carrera Judicial solicitada por el actor, se está violando manifiesta y palmariamente el artículo 16 de la Constitución, pues el Tribunal Superior de Bogotá en ningún momento protegió el derecho adquirido por el actor a ingresar a la carrera, desconociéndole su derecho reconocido por el artículo 132 del Decreto 52 de 1987, puesto que en el momento oportuno hizo tal petición, acompañada de los documentos exigidos para el caso por el Decreto 1190 de 1986, y para sustentarlo, cita el actor una sentencia de Noviembre 4 de 1975, emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado, que corresponde a esta jurisdicción. Agrega que el Tribunal violó también el artículo 20 de la Carta, al emitir las Resoluciones acusadas, ya que con ello desconoció la limitación que para los "poderes públicos" consagra dicha norma, pues el funcionario "tiene que probar cuál fue la norma jurídica que lo faculta para ejecutarla". Violó así mismo, el artículo 30 de la Constitución, en cuanto el actor tiene un derecho adquirido, cual es el de ser inscrito en la carrera Judicial, por haber reunido los requisitos y aportado la documentación indispensable y de manera oportuna ante la autoridad respectiva, de conformidad con la radicación No. 2478 de Mayo 27 de 1986. Se violó también el artículo 162 del mismo texto Constitucional, ya que los Decretos 52 de 1987 y 1190 de 1986 no hacen otra cosa que dar cumplimiento a lo

preceptuado por esta norma Constitucional; de paso, se viola el artículo 132 del precitado Decreto 52, porque los empleados que formularon oportunamente la solicitud de inscripción pueden ingresar a la carrera previo análisis de los documentos presentados de conformidad con los decretos 1190 y 2400 de 1986; se violó igualmente el literal b) del decreto (sic) 1190 de 1986, porque el acto tuvo en cuenta un certificado de conducta y eficiencia diferente al aportado por el interesado en su momento, y porque no existe ley expresa que autorice "tener en cuenta documentos no aportados por el solicitante". Finalmente señala, que se violó el artículo 84 del C.C.A., por haberse incurrido en vicios que afectan la validez de los actos administrativos.

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado en concepto rendido el 31 de Agosto de 1990 (fls. 115 a 119), considera que el quid del asunto, consiste en dilucidar si las resoluciones impugnadas y mediante las cuales se le negó al actor su inscripción en la carrera Judicial, como escribiente, grado 5, del Juzgado segundo penal de Fusagasugá, se ajustan a derecho. Que está acreditado, que presentó su solicitud con algunos otros documentos, el 27 de Mayo de 1986 ante la División de Asistencia de la Rama Jurisdiccional, fecha en que aún no estaba en vigencia el Decreto 52 de 1987, ordenamiento jurídico que sustituyó el Decreto 2400 de 1986 y algunas otras disposiciones de manera parcial.

Anota la Fiscalía que es preciso señalar que el Decreto 2464 de Agosto 30 de 1985, ordenó que los nombramientos que hicieran los Jueces designados en propiedad dentro de los noventa días siguientes a su posesión, tendrían el carácter de provisionales hasta el 30 de Abril de 1986, lapso durante el cual los empleados deberían solicitar su inscripción en la carrera Judicial; pero en lo que toca al plazo fijado para este efecto, el Decreto 1768 de Mayo 30 de 1986 lo prorrogó hasta el siguiente 20 de Junio de este año. Hace énfasis la Fiscalía, en lo preceptuado por el artículo 2°. del atrás anotado Decreto 1190, vigente para la fecha de inscripción, norma ésta que enumera los documentos que debían acompañarse a la solicitud de ingreso a la carrera. Reitera que el actor acompañó todos los documentos a los que alude esta disposición y acreditó los requisitos mínimos necesarios (fls. 49 y 50). Por ende, hecha la solicitud en debida forma y habiéndose acompañado los documentos de Ley, a Juicio de la distinguida colaboradora Fiscal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ha debido inscribir en la carrera Judicial al demandante. Sin embargo, dice la misma Fiscalía, mediante providencia de Septiembre 18 de 1987, el Tribunal "Antes de proceder a resolver sobre el escalafonamiento solicitado por MARCO ROBERTO BARRERA SANTOS, de acuerdo con la circular al respecto emanada del Consejo Superior de Administración de Justicia,... "requirió al Juez nominador "...para que certifique nuevamente bajo la gravedad de juramento acerca de la conducta e idoneidad del peticionario". (fl. 54). Es entonces cuando la Doctora Lilian Acosta Puertas, en su condición de Juez Segundo Penal Municipal de Fusagasugá, manifiesta que la conducta del señor Barrera Santos

era deficiente (fls. 56, 57 a 60 y 61), afirmación que sirvió de base para que el Tribunal mediante los actos acusados, negara la inscripción solicitada. Empero, con posterioridad a la expedición de los actos demandados, la Doctora Ana Stella Ruiz Medina quien para el momento se desempeñaba como Juez Segundo Penal Municipal de aquella localidad, certificó el 27 de Octubre de 1988 (fl. 4), sobre la conducta, eficiencia y capacidad laboral del demandante, expresando que su conducta es buena y que es conocedor de su oficio y cumplidor de su deber. Con base en los anteriores prolegómenos, concluye el Ministerio Público, el Tribunal ha debido proceder a la inscripción del solicitante en la carrera Judicial.

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

CONSIDERACIONES:

1.- La controversia planteada en el sub-lite, gira en torno a la legalidad de las resoluciones números 496 de Octubre 31 de 1987 y 1875 de Marzo 8 de 1988, expedidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante las cuales se negó la solicitud de inscripción del actor en la carrera Judicial.

2. En lo atinente a la normatividad aplicable, la Sala anota que ello debe definirse con sujeción a lo previsto en el Decreto 2400 de 1986, en armonía con el Decreto 1190 del mismo año, pues el artículo 132 del Decreto Extraordinario 52 de 1987, dispuso:

> "Los funcionarios y empleados que a la fecha de la expedición del presente Decreto presentaron oportunamente sus solicitudes de inscripción, podrán ingresar a la carrera Judicial, previo análisis de los documentos presentados para el efecto, de conformidad con los Decretos 1190 y 2400 de 1986".

3. Se observa que para proferir la resolución No. 496 de Octubre 31 de 1987, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá tuvo en cuenta un certificado de conducta y eficiencia, posterior y diferente al presentado por el interesado, circunstancia de la cual se quiere hacer derivar la nulidad de los actos demandados; pues a juicio del demandante, el Tribunal estaba obligado a tener en cuenta únicamente el certificado por él allegado.

Sobre el particular la Sala anota que tal apreciación no es acertada, porque de una parte, no existe norma alguna que así lo exija, y de la otra, es de la esencia de todo sistema de carrera, incluida la judicial, que los empleados que de él hacen parte observen una conducta intachable y cumplan sus funciones eficientemente en forma permanente; tales características por parte del

empleado, deben darse durante todo el tiempo de su vinculación laboral, y no sólo en momentos coyunturales de su relación de servicio.

Es por lo anterior, que la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal Superior de solicitar información actualizada sobre el aspirante a ingresar a la carrera, mas aún , si se tiene en cuenta que había transcurrido un lapso de tiempo considerable desde la formulación de la solicitud, que hacía prudente indagar si subsistían las condiciones certificadas inicialmente respecto al peticionario.

Luego no se encuentra que con tal actuación, se haya violado disposición legal alguna y menos, el artículo 20 de la anterior Constitución, como lo afirma el demandante.

4. Tampoco observa la Sala que se haya desconocido algún derecho adquirido del libelista, pues ninguna de las normas invocadas a su favor le hace derivar a la solicitud de inscripción, tal consecuencia. Una cosa es indicar la posibilidad de ingresar a la carrera judicial "previo análisis de los documentos presentados para el efecto"; y otra muy diferente, que con la sola presentación de ellos, se tuviera la obligación de hacer la inscripción, que es lo que pretende el demandante. Ni el artículo 152 del decreto 52 de 1987, ni el decreto 1190 de 1986, al igual que ninguna de las otras normas invocadas, hacen derivar de tal solicitud la existencia de derecho adquirido alguno.

5. Si como se ha visto, los débiles argumentos en que se apoya la demanda no lograron destruir la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, no encuentra la Sala razón alguna para anularlos.

Por las razones expuestas, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, y así habrá de declararse.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda instaurada por Marco Roberto Barrera Santos.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de Agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

DEMANDA-Requisitos/**ACTO COMPLEJO**-Inexistencia

En la aplicación de una sanción disciplinaria en la que intervienen diferentes autoridades que profieran actos que tienen vida jurídica propia, se ha venido admitiendo que se acusen separadamente los actos de imposición de la sanción, sin enjuiciar el acto que se expide para ejecutarlo, en aquellos casos en los que no se persigue como restablecimiento del derecho volver las cosas a su estado anterior, sino el retiro de la anotación de la hoja de vida. Sería admisible también que se acusara únicamente el acto de ejecución, por vicios inherentes a él porque en su formación es un acto independiente de los actos que ordena la sanción. Pero lo que no es admisible es que se enjuicie el acto de ejecución por vicios predicables de los actos sancionatorios, pues entonces la ejecución y la sanción sin que conformen un acto complejo, si forman una unidad que debe ser examinada por el juzgador y por ello es imperativo que contra todos los actos se dirija la demanda individualizándolos con toda precisión, como lo exigía el artículo 85 de la Ley 167 de 1941, y hoy el artículo 138 del actual C.C.A. Por haberse acusado el Decreto que dio cumplimiento a los actos sancionatorios sin haber demandado éstos tiene razón la Fiscalía al opinar que no procede estudio de mérito, pues no habiéndose atacado la sanción disciplinaria, no es viable enjuiciar el acto de ejecución por vicios que sólo pueden ser predicables del acto sancionatorio, no confirmatorio como lo solicita la señora Fiscal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente : *Doctora: Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3860 Recurso de Apelación.Actor: Segundo Eduardo Lozano Cilima.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de julio 15 de 1988 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso instaurado por Segundo Eduardo Lozano Cilima contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional.

ANTECEDENTES:

El actor, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción denominada entonces de plena jurisdicción, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

A) La nulidad del Tribunal Disciplinario que se adelantó contra el Capitán de la Policía Nacional SEGUNDO EDUARDO LOZANO CILIMA, por hechos acaecidos en Leticia (Amazonas) el 17 de Mayo de 1981, que arrojó Separación Temporal para el Oficial y por el término de seis (6) meses, en Primera Instancia, y Separación Absoluta de la Institución en Segunda Instancia.

B) La nulidad del Decreto 2529 para el 11 de Septiembre de 1981, emanado de la Dirección General de la Policía Nacional -Ministerio de Defensa Nacional-, por el cual se retiró del servicio activo de la Institución mencionada al referido Capitán SEGUNDO EDUARDO LOZANO CILIMA, por haber sido separado en forma absoluta de tal fuerza.

C) Se ordene al Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional -Dirección General de la Policía Nacional-, reincorporar con fecha 10 de Septiembre de 1981 al señor Capitán SEGUNDO EDUARDO LOZANO CILIMA, a la institución. Y, C) (sic) se ordene al Ministerio de Defensa Nacional -Dirección General de la Policía Nacional, por intermedio de la pagaduría respectiva, pagar al referido capitán SEGUNDO EDUARDO LOZANO CILIMA, todos los haberes causados y no percibidos, con retroactividad al 10 de Septiembre de 1981, incluyendo primas, bonificaciones y demás derechos inherentes a su grado. (fl. 11 Cuaderno principal).

Los hechos de la demanda aparecen relatados a folios 12-19 del mismo cuaderno y a ellos se hará referencia, en lo pertinente, en el curso de esta providencia.

El concepto de violación lo explica el accionante manifestando que el reglamento para la Policía Nacional no permite en la segunda instancia "modificar" lo que se dispuso en la primera como ocurrió en el proceso disciplinario adelantado al inculpado, en el que inicialmente se le impuso como sanción la separación del servicio por el término de seis (6) meses y en la segunda instancia se dispuso su retiro definitivo o absoluto de la institución, lo que implica violación de los artículos 17, 20, 26 y 30 de la Constitución de 1886, del artículo 102 del Decreto 613 de 1977, estatuto de la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de los artículos 69, 191, 216 y 251 del Reglamento de Disciplina y Honor de la Policía Nacional. (Decreto 1835 de 1979). (fls. 19-22 cuaderno No. 2).

El Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, en primer lugar, que el actor no expresó el concepto de violación de las normas invocadas con respecto a la anulación del Tribunal Disciplinario para demostrar que hubo alguna irregularidad en el proceso de su conformación, ni tampoco demostró la violación concreta de la norma en razón de la convocatoria del Tribunal. Y en segundo término, porque al inculpado se le dieron las garantías procesales establecidas en la Ley, pues se dio traslado a las partes para alegar y ni en el artículo 216 ni en el 251 del Decreto 1835 de 1979 se establece la obligación de notificar personalmente el auto que ordena el traslado.

Finalmente dijo el *a-quo* que conforme lo dispone el artículo 217 del Decreto 1835 de 1979 el Director General de la Policía puede confirmar, revocar o modificar el fallo de primera instancia, por lo que procedía la modificación de lo resuelto en primera instancia, como efectivamente ocurrió (fls. 98-112 cuaderno principal)

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el apelante al sustentar el recurso insiste en la ocurrencia de la nulidad de la actuación disciplinaria por falta de notificación o imposibilidad de notificarse al inculpado del auto de traslado a las partes, por lo que violó su derecho de defensa. De otra parte, expresa su petición de nulidad del acto emanado del Director General de la Policía Nacional, quien no podía separar del servicio en forma absoluta al inculpado, pues ello sólo lo podía hacer un Tribunal de honor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 102 del Decreto 613 de 1977. (fls. 115-119 cuaderno principal).

Por su parte, la Fiscalía Quinta de la Corporación rinde su concepto favorable a la confirmación de la sentencia apelada, presentando las siguientes apreciaciones:

> "Estima la Fiscalía que el demandante ha debido individualizar en la forma concreta y precisa las providencias contentivas de los fallos de primera y segunda instancia adelantados por el Tribunal Disciplinario de la Policía Nacional. En efecto, en la pretensión A) de la demanda,

se solicita la nulidad de este Tribunal, pero sin precisar los actos administrativos impugnados, por lo que en opinión de este Despacho el proceso de la referencia no es apto para un estudio de mérito, por cuanto se reitera, la parte actora no individualizó los actos administrativos que junto con el de retiro del servicio activo de la institución, conforman el acto complejo, incumpliéndose así lo ordenado en el artículo 85 de la Ley 167 de 1941, hoy artículo 138 del Código Contencioso Administrativo." (fl. 136 cuaderno principal).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, se precisa dilucidar lo propuesto por la colaboradora Fiscal, en el sentido de que no procede un estudio de mérito, por cuanto no se individualizaron los actos administrativos sancionatorios que conforman un acto complejo con el que se dispuso la separación del servicio del actor.

El accionante fue sancionado inicialmente mediante providencia de Julio 1981 expedida por el Comandante del Departamento del Amazonas con separación temporal del servicio por el término de seis (6) meses (fl. 90-95 cuaderno principal), y luego por providencia de Agosto 11 de 1981 emanada de la Dirección General de la Policía Nacional que dispuso separarlo en forma absoluta de la Institución. (fls. 3-8 cuaderno principal). Por último, el Gobierno Nacional, en acatamiento a lo dispuesto en el acto con el que culminó el proceso disciplinario, por el Decreto 2529 del 11 de Septiembre de 1981, dispuso su separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional. (fl. 32 cuaderno principal).

Es evidente que las providencias proferidas en el proceso disciplinario son actos administrativos, en virtud de que la acción disciplinaria pertenece a la órbita de la actividad de la administración, por lo tanto, el acto disciplinario que dispuso el retiro definitivo del demandante es el que contiene la voluntad de la administración de separar del servicio al actor y el Decreto 2529 de 1981, simplemente el acto que le dio ejecución.

En el petitum de la demanda se pidió "la nulidad del Tribunal Disciplinario que se adelantó contra el Capitán Segundo Eduardo Lozano Cilima...." sin enjuiciar ni identificar acto concreto alguno, nulidad que no es posible declarar pues el "Tribunal Disciplinario" no es un acto administrativo y además porque en la investigación disciplinaria adelantada contra el accionante ni siquiera se convocó Tribunal alguno, toda vez que no se trataba de juzgar una falta contra el honor militar como lo dispone el artículo 127 del Decreto 1835 de 1979 sino de sancionar una falta constitutiva de mala conducta, artículo 125 ibídem, cuyo procedimiento estaba previsto en los artículos 198

a 219 del mencionado decreto, y por ello las providencias fueron proferidas por el Comandante del Departamento de Policía -Amazonas- en primera instancia, y en segunda por el Director General de la Policía Nacional.

En la aplicación de una sanción disciplinaria en la que intervienen diferentes autoridades que profieran actos que tienen vida jurídica propia, se ha venido admitiendo que se acusen separadamente los actos de imposición de la sanción, sin enjuiciar el acto que se expide para ejecutarlo, en aquellos casos en los que no se persigue como restablecimiento del derecho volver las cosas a su estado anterior, sino el retiro de la anotación de la hoja de vida. Sería admisible también que se acusara únicamente el acto de ejecución, por vicios inherentes a él porque en su formación es un acto independiente de los actos que ordenan la sanción. Pero lo que no es admisible es que se enjuicie el acto de ejecución por vicios predicables de los actos sancionatorios, pues entonces la ejecución y la sanción sin que conformen un acto complejo, si forman una unidad que debe ser examinada por el juzgador y por ello es imperativo que contra todos los actos se dirija la demanda individualizándolos con toda precisión , como lo exigía el artículo 85 de la Ley 167 de 1941, y hoy el artículo 138 del actual Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior permite a la Sala inferir que por haberse acusado el Decreto que dio cumplimiento a los actos sancionatorios sin haber demandado éstos tiene razón la Fiscalía al opinar que no procede estudio de mérito, pues no habiéndose atacado la sanción disciplinaria, no es viable enjuiciar el acto de ejecución por vicios que sólo pueden ser predicables del acto sancionatorio. El pronunciamiento sin embargo debe ser inhibitorio, no confirmatorio como lo solicita la señora Fiscal.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de Julio quince (15) de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este proceso y, en su lugar, declarase INHIBIDO para un pronunciamiento de mérito.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en Sala en sesión del dieciocho (18) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO/JUNTA ADMINISTRADORA- Facultades

Si bien es cierto que el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, sí tiene un sistema especial de administración diferente al de las dependencias propiamente dichas del Ministerio de Salud, pues en tanto que éstas se hallan sujetas a la directa responsabilidad del ministro, el Fondo es administrado parcialmente por una Junta integrada por éste o su delegado, el director del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del Presidente de la República. La personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover. Debido al sistema previsto desde la expedición del Decreto 687 de 1967 y no derogado por normas posteriores, pues el Decreto 121 de 1976 sólo trasladó al Ministro de Salud algunos aspectos específicos de la administración, tales como la ordenación de gastos y la celebración de contratos del Fondo y dijo que seguiría funcionando conforme al Decreto 687 de 1967 y demás normas que lo adicionan o modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta que ésta tendría competencia para nombrar y remover personal. Siendo ello así, y no estando propuestas por el actor su inaplicabilidad en este caso a través de la excepción de inconstitucionalidad, forzoso es concluir que el acto acusado tiene su soporte jurídico en otro, que no puede ser juzgado dentro de este proceso y goza de presunción de legalidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº. 4372 Resoluciones Ministeriales. Actor: Gabriel Rodríguez Hernández.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Gabriel Rodríguez Hernández contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de Febrero de 1989, mediante la cual se denegaron sus pretensiones de nulidad del acuerdo No. 069 de 1982 en cuanto por su artículo 15 se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de operario calificado, código 6000, grado 08, a partir del 22 de Septiembre de ese año; de reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría y de pago de los sueldos y prestaciones en dinero y especie dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación del servicio hasta cuando se produzca su reintegro.

Los hechos fundamentales de la acción se sintetizan así:

- El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferida por la Ley 6a. de 1967, mediante el decreto 687 de 1967 (art. 22), dispuso que el Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales celebrarían contratos para acordar la forma, plazos y demás condiciones de los aportes de que trata el literal c) del art. 2o. del mismo decreto, al Fondo Nacional Hospitalario.

- En el art. 23 IBIDEM se estipuló que los recursos que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales entregue al Gobierno Nacional con destino a la construcción y dotación de hospitales y de otros establecimientos asistenciales, que sería administrado conjuntamente por el Ministerio de Salud y por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

- En desarrollo de lo anterior, los Ministros de Salud Pública y de Hacienda, en nombre de la Nación, y el Instituto de Seguros Sociales, celebraron un contrato para regular la forma, plazos y demás condiciones de los aportes que según el art. 23 del decreto 687, debían ingresar al sistema de administración denominado Fondo Nacional Hospitalario, contrato que fue aprobado por el Presidente de la República el 7 de Septiembre de 1967.

- De conformidad con la cláusula sexta de ese contrato, la administración del Fondo Nacional Hospitalario estaría a cargo de una junta integrada por el Ministro de Salud Pública, el Director del Instituto

Colombiano de Seguros Sociales y un representante personal del Presidente de la República.

- Sin atribuciones legales o constitucionales, la citada junta por medio del acuerdo No. 28 de 10 de Junio de 1968, expidió los Estatutos Orgánicos del Fondo Nacional Hospitalario, al cual se le atribuyó el carácter de persona jurídica de derecho público (art. 1o.), se precisaron las funciones de la junta administradora del mismo, entre las cuales se hallaba la de designar el personal necesario para el funcionamiento del Fondo y la de fijar sus funciones y asignaciones.

- En vigencia del decreto 3130 de 1968, la junta administradora del Fondo, por medio del acuerdo No. 003 de 26 de Enero de 1976 expidió su reglamento de administración y funcionamiento, definiendo que el Fondo Nacional Hospitalario era un fondo financiero de los previstos en el art. 2o. del citado decreto, organizado de conformidad con lo preceptuado en el decreto-Ley 687 de 1967 y en los decretos 1935 y 2796 de 1973 y el contrato celebrado entre la Nación y el Instituto de Seguros Sociales el 14 de Julio de 1967.

- De esta manera se eliminó el carácter de persona jurídica que le había asignado el acuerdo No. 28 de 1968, disponiendo, en consecuencia, que el Ministro de Salud deberá suscribir los contratos y demás actos necesarios para la correcta operación de los recursos. No obstante, se conservó como función de la junta la de nombrar, promover y remover, a propuesta del director ejecutivo, el personal del Fondo. (Art. 8 literal f.).

- El decreto 1315 de 1978, en su art. 4°., estableció que la planta de personal del Fondo Nacional Hospitalario se adoptaría con sujeción a las normas generales establecidas para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público por el decreto-Ley 1042 de 1978, en cuyo desarrollo se expidió el decreto 1647 de 1978, que determinó la planta de personal del Fondo como un apéndice del Ministerio de Salud, y uno de los cargos en ella contemplados, es el que ocupaba el accionante, del cual fue declarado insubsistente por medio del acto acusado.

En el libelo bajo el acápite "Consideraciones de Derecho" (folios 5 a 10), se vuelve sobre lo relatado en el Capítulo de los Hechos y se insiste acerca de que la situación injurídica generada en el acuerdo No. 28 de 1968, mediante el cual la junta administradora del Fondo usurpó la competencia legislativa del Congreso, al crear y organizar una persona jurídica del orden nacional, lo cual es una función privativa del órgano legislativo, al tenor de lo preceptuado en los ordinales 9o. y 10o. del artículo 76 de la Carta vigente en la época, sólo se corrigió con la expedición del decreto 121 de 1976, en cuyo art. 5o. se define y describe la estructura organizativa del Ministerio de

Salud y se incluye al Fondo Nacional Hospitalario como parte de ella, sin calificarlo como persona jurídica y reiterándose en el artículo 37 que el Fondo continuaría funcionando de conformidad con el decreto 687 de 1967, es decir, como un sistema de administración de recursos.

Expresa también el libelista que el acuerdo No. 03 de 1976, contentivo del reglamento de administración y funcionamiento del Fondo, lo definió como un fondo financiero de los previstos en el artículo 2o. del decreto 3130 de 1968, pero sin aclarar si tenía o no personería jurídica. Sin embargo, en ese estatuto no se hizo referencia a su representante legal, lo cual es indicativo de que se trataba de un sistema de manejo de cuentas sin personería jurídica y, por ello, se estableció que los contratos y demás actos necesarios para la correcta operación de los recursos serían suscritos por el Presidente de la Junta, pero no en calidad de tal, sino en su carácter de Ministro de Salud.

Reitera el accionante que gracias a lo dispuesto en los decretos 1315 y 1647 de 1978, se hizo explícito que la planta de personal del Fondo pertenecía al Ministerio de Salud Pública, es decir, a la Nación y no a una persona jurídica distinta, que los cargos que la conforman son cargos de la administración central, y que las personas que los desempeñan son servidores de la Nación con el carácter de empleados públicos.

Por consiguiente, asevera el actor "Siendo todas las personas vinculadas como empleados públicos a la planta de personal del Fondo, servidores de la Nación, por disponerlo así el decreto 1647 de 1978, al menos a partir de la fecha de vigencia de este decreto la capacidad de nombramiento y remoción de los empleados respecto de tales cargos, dejó de pertenecer a la junta administradora del Fondo, para quedar radicada de manera indubitable en el Jefe de la Rama Ejecutiva, es decir, el Presidente de la República o en quien ejerza sus funciones en dicha materia como delegatario, vale decir el Ministro de Salud Pública". (folio 8).

En tal virtud, afirma el demandante, la facultad de nombramiento y remoción del personal del Fondo, corresponde al Presidente de la República o al Ministro de Salud en su calidad de delegatario, según la naturaleza del cargo, en los términos del artículo 1o. del decreto 1153 de 1978. De suerte, que como la declaratoria de insubsistencia en su nombramiento fue dispuesta por la junta administradora del Fondo y no por el Ministro mencionado como correspondía, habida consideración del cargo que ocupaba, "...resulta evidente que el art. 15o. del acuerdo 069 del 22 de Septiembre de 1982 de la junta administradora adolece del vicio de incompetencia, pues no es función de dicha junta remover los empleados que desempeñan cargos de la planta de personal del Ministerio de Salud Pública, sino atribución, dada la naturaleza del cargo, del Ministro de Salud". (folio 9).

Agrega el libelista que el acto acusado se halla afectado de falsedad porque su aprobación por la junta se efectuó con posterioridad a la fecha de su expedición.

En consecuencia de lo expuesto, finaliza diciendo el actor, el acuerdo demandado quebranta el numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución Nacional anterior que atribuye al Presidente de la República la función de nombrar y remover a sus agentes que desempeñan empleos nacionales, como lo son los pertenecientes a la planta de personal del Ministerio de Salud. Infringe, igualmente, el artículo 1°. del decreto 1153 de 1978, por el cual se reitera la aludida competencia del Jefe del Estado y se señala respecto de cuáles cargos puede delegarla en los Ministros o Jefes de Departamentos Administrativos.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia apelada denegó las pretensiones de la demanda, acogiendo al efecto, el concepto del Ministerio Público, en el cual se plantea la inaplicación del acuerdo 28 de 1968 en virtud de la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad, por cuanto se considera que lo normado en él respecto de la atribución a su junta administradora de poder nominador de los servidores del Fondo Nacional Hospitalario, es contrario a lo dispuesto en el ordinal 5o. del artículo 120 de la Constitución Política vigente en la época, que atribuye al Presidente la potestad nominadora en relación con los empleados nacionales cuya provisión no esté asignada a otros funcionarios o corporaciones según la Constitución o leyes posteriores, toda vez que se arrebata al Presidente de la República esa prerrogativa y, dicho acuerdo no es el acto jurídico válido para tal cometido, pues en el citado precepto constitucional sólo se hace exclusión de aquellos cargos que, por mandato constitucional o legal, deben ser provistos por otros funcionarios.

Y continúa diciendo el a-quo, con base en los planteamientos de la Fiscalía, que de acuerdo con los decretos 121 de 1976 y 1647 de 1978, el Fondo Nacional Hospitalario es una dependencia dentro de la estructura orgánica del Ministerio, carente de personería jurídica y, por ende, sus directivos no pueden detentar el poder nominador de sus empleados, que están sometidos al Ministerio de Salud como autoridad delegataria del Presidente de la República, al tenor de los artículos 120 ordinal 5°. y 135 de la Constitución Política, en concordancia con la delegación de esa facultad contenida en el decreto 1153 de 1978. Consiguientemente, se expresa en el fallo que, careciendo el Fondo Nacional Hospitalario de personería jurídica el acto administrativo que así lo dispuso (acuerdo 28 de 1968), es contrario al sistema jurídico, y correspondiendo la potestad nominadora a autoridades distintas de quien expidió el acto impugnado, se tipifica en el sub-lite el vicio de la incompetencia.

No obstante lo anterior, se niega la nulidad del acto acusado. Igual irregularidad sostiene el Tribunal, afecta el acto de nombramiento del actor

(acuerdo 56 de 1975), porque fue expedido por la junta administradora de dicho Fondo, careciendo de competencia para ello.

Por tanto, concluye el fallador de primera instancia, que no es viable el reintegro del accionante al cargo que ocupaba en virtud del citado nombramiento, por cuanto para que opere el restablecimiento del derecho vulnerado es requisito indispensable que el actor sea titular del mismo y que su título se ajuste a derecho, "porque en caso contrario el Juez protegería situaciones no ajustadas a derecho".

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia comentada, con el propósito de que se revoque, fundamentándose en lo siguiente:

"a) - La pretendida competencia de la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario para nombrar y remover a sus empleados, nunca fue atribuida a ese cuerpo por la Ley, sino por actos de la misma junta en la modalidad de actos estatutarios. En efecto, como se explica detenidamente en la demanda, el decreto 687 de 1967 solamente confirió una autorización para celebrar un contrato de administración de los recursos del denominado "Fondo Nacional Hospitalario", y fue la junta, creada por disposición contractual, la que se auto atribuyó esa competencia nominadora y de remoción (acuerdo 28 de 1968).

Igualmente, tampoco el decreto extraordinario 121 de 1976 confirió a la junta administradora esa facultad, sino que reiteró el origen contractual de la administración de recursos del Fondo y ordenó la celebración de un nuevo contrato. Y por el contrario, fue nuevamente la junta administradora la que se auto atribuyó la competencia de nombramiento y remoción, mediante un nuevo acto estatutario (acuerdo 003 de 1976).

En consecuencia, no se está en la hipótesis constitucional de que la propia Constitución o leyes hayan atribuido a otro funcionario o corporación la competencia nominadora para empleos nacionales, para sustraerla de la órbita del Presidente de la República, quien es el titular de ella sólo en ausencia de disposición en tal sentido de orden constitucional o legal. Como ha quedado dicho ni el decreto extraordinario 687 de 1967, ni la Ley 121 de 1976, ni ninguna otra Ley formalmente expedida por el Congreso o por el Presidente de la República como legislador extraordinario atribuyeron a la junta administradora del Fondo Nacional Hospitalario esa competencia".....

b) - En segundo lugar, es absolutamente falsa la afirmación de que los empleados del Fondo Nacional Hospitalario no pertenecen a la organización del Ministerio de Salud y a su planta de personal, como se sostiene en la sentencia. Esta no ha considerado en parte alguna las

disposiciones legales que expresamente así lo indican, como son las siguientes:

.....

c) - Siendo ello así en forma indubitable (el Fondo Nacional Hospitalario es una dependencia del Ministerio de Salud y sus empleados pertenecen a la planta de personal de ese Ministerio), resulta también más que evidente que la delegación hecha por el Presidente de la República en los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos por el decreto 1153 de 1978, atribuyó a esos funcionarios la competencia para nombrar y remover los funcionarios de sus respectivas plantas de personal, como es el caso de los empleados del Fondo Nacional Hospitalario que son de la planta de personal del Ministerio de Salud. Basta observar el texto del artículo1° de decreto en mención ....
.....

d)- Luego, es ilógico concluir, como se hace en la sentencia, que el acto acusado no ha violado flagrantemente el ordinal 5o. del artículo 120 de la Carta y el artículo 1°. del decreto 1153 de 1978. Como el acto acusado no fue dictado por el Ministro de Salud, en su carácter de delegatario del Presidente de la República, sino por la junta, es claro que se han violado las disposiciones invocadas.

e)- Finalmente, es no solamente absurdo sino carente de todo fundamento jurídico estimar que la ilegalidad que puede afectar también a los actos de nombramiento, autorice para sanear en forma igualmente ilegal la situación removiendo a los nombrados. La situación de empleado del Fondo Nacional Hospitalario es de carácter individual y no podría ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de los afectados". (folios 266 y 267).

La agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo (folios 280 a 283), previo análisis de las disposiciones contenidas en los decretos 687 de 1967, 121 de 1976, 1315 y 1647 de 1978, sostiene que los empleados del Fondo Nacional Hospitalario pertenecen a la planta de personal del Ministerio de Salud y que su junta administradora, sin mediación de ley o decreto se autoconfirió la competencia para nombrar y remover al personal de esa entidad, primero, por medio del acuerdo No. 28 de 1968 y luego por el acuerdo No. 03 de 1976.

Teniendo en cuenta lo anterior, afirma la Fiscalía, "...resulta evidente, de manera palmaria, que el tantas veces citado Fondo Nacional Hospitalario no puede ser tenido como una entidad que goce de personalidad en derecho, esto es, que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones, pues, se reitera, es sólo una dependencia del Ministerio de Salud, y sus empleos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, son provistos, por mandato del decreto

1153 de 1978, por el respectivo Ministro. Por lo expuesto, opinamos que, en verdad, la junta administradora del Fondo carecía de aptitud constitucional y legal para remover empleados a su servicio. PERO, también carecía de esa aptitud para nombrarlos. De tal manera que la investidura del actor fue ilegal desde un principio, por cuanto fue nombrado por la precitada junta, por lo que, en el sentir de esta Fiscalía, no está legitimado para protestar la pérdida de la misma, ya que en ningún momento adquirió relativo derecho a permanecer irregularmente investido". (folio 283 del Consejo de Estado).

Agotado el trámite de Ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Controvierte el apelante la facultad de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para remover personal, argumentando que carece de toda facultad de nominación porque dicho organismo es una dependencia del Ministerio de Salud, no tiene personería jurídica y su personal forma parte de la planta del ministerio. Que la Ley nunca ha dado a la Junta Administradora la atribución de nombrar y remover personal y, por tanto, ello corresponde al Presidente de la República o al ministro por delegación.

Ahora, si bien es cierto que el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, sí tiene un sistema especial de administración diferente al de las dependencias propiamente dichas del Ministerio de Salud, pues en tanto que éstas se hallan sujetas a la directa responsabilidad del ministro, el Fondo es administrado parcialmente por una Junta integrada por éste o su delegado, el director del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del presidente de la República.

En principio, la personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover. Debido al sistema previsto desde la expedición del decreto 687 de 1967 y no derogado por normas posteriores, pues el decreto 121 de 1976 sólo trasladó al Ministro de Salud algunos aspectos específicos de la administración, tales como la ordenación de gastos y la celebración de contratos del Fondo y dijo que seguiría funcionando conforme al decreto 687 de 1967 y demás normas que lo adicionan o modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta, que ésta tendría competencia para nombrar y remover personal.

En uso de tal competencia fue nombrado el actor, promovido al cargo que últimamente ocupaba y finalmente declarado insubsistente su nombramiento. El acuerdo No. 003 de 26 de Enero de 1976, en cuyas facultades se apoyó la Junta Administradora para expedir el acto acusado, se

encuentra vigente y no hay ninguna prueba de su anulación por sentencia judicial.

Siendo ello así, y no estando propuestas por el actor su inaplicabilidad en este caso a través de la excepción de inconstitucionalidad, forzoso es concluir que el acto acusado tiene su soporte jurídico en otro, que no puede ser juzgado dentro de este proceso y goza de presunción de legalidad.

Conforme aparece de autos, cuando se produjo el acto acusado, estaba vigente el mencionado acuerdo No. 003 de 26 de Enero de 1976, por el cual "...se expide el Reglamento de Administración y Funcionamiento del Fondo Nacional Hospitalario". Allí se leen en el art. 8o., literal f), que es función de la Junta "nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo".

Para la Sala, pues, no es posible discutir la competencia de la Junta Directiva del Fondo Nacional Hospitalario para declarar insubsistente el nombramiento del 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:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de Febrero de 1989, por la cual fueron denegadas las peticiones de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CUMPLASE.-

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 29 de Julio de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

INSTITUTO DE EDUCACION SUPERIOR/ CONSEJO SUPERIOR- Facultades/ **ESTATUTOS-**Aprobación/**GOBIERNO NACIONAL/ COMPETENCIA/ ACTO COMPLEJO**

Los Consejos Superiores de las instituciones oficiales de educación superior, pueden expedir el reglamento o estatutos para el personal docente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 120 del Decreto 80 de 1980, en armonía con lo preceptuado por el 59, literal b) que se los facultó en forma expresa para regular dentro de tales estatutos "los mecanismos y procedimientos de evaluación" de los docentes a ellas vinculados. Para la validez de los reglamentos o estatutos mencionados, no es suficiente su expedición por parte de los consejos superiores, pues en forma expresa se exige "la aprobación del Gobierno Nacional". Vale decir que tales actos administrativos están insertos dentro de la órbita de los denominados actos administrativos complejos, por ser indispensable que a su formación concurran dos o más voluntades, sin las cuales el acto no puede producir efecto alguno; pues él no ha nacido a la vida jurídica y mal pueden derivarse de él consecuencias por su incumplimiento.

PERSONAL DOCENTE- Estabilidad

La estabilidad que regula el art. 109 del decreto extraordinario 80 de 1980, está circunscrita a los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, según lo dice en forma expresa su inciso primero. Dichos docentes , los de tiempo completo y los de tiempo parcial, están claramente clasificados por la ley - artículo 97 ibídem- como empleados públicos, quienes en ningún caso se vinculan a la administración mediante contrato.

No obstante, no tienen dicha calidad de empleados públicos, ni la de trabajadores oficiales, según las voces del articulo 99, "cuando son requeridos transitoriamente por la institución para un período inferior a un año", evento en el cual " sus servicios serán reconocidos mediante Resolución" vale decir, que son lo que la ley , la doctrina y la jurisprudencia han denominado meros auxiliares de la administración. El legislador extraordinario lo que hizo respecto a los docentes que pueden estar escalafonados , y solo pueden estarlo los de tiempo completo y los de tiempo parcial, que por demás tienen el carácter de empleados públicos , fue darles períodos de estabilidad, como la misma norma lo dice, períodos que se prorrogan automáticamente ante el silencio de la entidad empleadora, o que finalizan a su vencimiento cuando la institución "con antelación no inferior a un mes " manifiesta "al docente su decisión de dar por terminada su relación laboral".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº.4410 Autoridades Departamentales Actor: Luz Marina Rueda de Murillo

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento el 25 de Mayo de 1989, que declaró nula la resolución 021 del 26 de Enero de 1988 que desvinculó a la demandante LUZ MARINA RUEDA DE MURILLO y ordenó su reintegro y el pago de los haberes que dejó de percibir.

En los hechos de la demanda se da cuenta de los distintos cargos desempeñados por la demandante en la Universidad, su inclusión en el Escalafón Docente de la misma como Profesora Asistente, a partir del 1o. de Marzo de 1985 y el cumplimiento y eficiencia con que siempre se desempeñó; que la demandada jamás realizó las evaluaciones anuales a que se refieren los artículos 15 y 111 del reglamento de Personal Docente; que la actora tampoco fue objeto de sanciones disciplinarias ni de llamadas de atención ; que en el informe rendido por la Vicerrectoría Académica se dice que a la actora se la amonestó privadamente, por presunto incumplimiento en el mes de Noviembre de 1986, de lo cual ella no tuvo conocimiento oportuno para hacer valer sus medios de defensa , aparte de que dicho incumplimiento nunca pudo ocurrir porque la demandante en esa época se hallaba disfrutando

de licencia por maternidad que se extendió desde el 3 de Noviembre y el 28 de Diciembre de 1986 y los tres primeros días de Noviembre no fueron laborables

En el capítulo de las disposiciones violadas y explicación del concepto de la violación se afirma que se violó, entre otras normas, el literal b) del artículo 111 del Reglamento del Personal Docente de la Universidad, que permite desvincular a un docente por vencimiento del período de estabilidad respectivo, siempre y cuando las evaluaciones anuales demuestren una notoria ineficiencia, caso en el cual se le comunicará con antelación no inferior a un mes, la decisión de dar por terminada la relación laboral, violación que se da porque al no haber efectuado las evaluaciones anuales, la Universidad no podía tener por demostrado que la demandante era ineficiente; se refiere la actora a la interpretación que hizo la Universidad de las normas del Reglamento mencionado en el oficio 118413 del 24 de Febrero de 1988, y remata su argumentación afirmando que al ser ella docente escalafonada, no podía ser desvinculada sino en el caso de que hubiera sido ineficiente.

La sentencia apelada. La prosperidad de las pretensiones de la demanda se fundamentó en que a juicio del tribunal se violó el literal b) del artículo 111 del Reglamento del Personal Docente, como había sido planteado en la demanda.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La parte demandada alega, en orden a que la sentencia apelada sea revocada, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el Rector de la Universidad con fundamento en el artículo 109 del decreto extraordinario 80 de 1980 dispone de la facultad discrecional para remover al personal docente al vencimiento del respectivo período, con el único requisito de comunicarle por lo menos con una anticipación de un mes.

b) Que la evaluación de que trata el artículo 55 del reglamento del Personal Docente es muy distinta de las establecidas en el literal b) del artículo 111 y por ello así estas no se hubieren llevado a cabo o no demostraren una notoria ineficiencia del docente , no significa que se impida el ejercicio de la facultad discrecional del referido artículo 109.

c) Que en todo caso a la demandante sí se le hicieron las evaluaciones a las cuales se refiere el literal b) del artículo 111 mencionado y por sus resultados se concluyó que era conveniente para la Universidad terminar su vinculación laboral por razones de buen servicio; que si a la actora no se le comunicó el resultado de tales evaluaciones, ello no implicaría violación de norma legal o reglamentaria alguna, por la obvia razón de que ni el decreto

80 de 1980 ni el aludido Reglamento exigen que ellas sean escritas, ni que se comuniquen al docente; que además el decreto no exige evaluación alguna, de donde cualquier reglamentación al respecto y menos una proveniente de la misma Universidad, puede exigir requisitos que no contempla la norma legal.

d) Que además de que el mencionado Reglamento no puede violar ni ir más allá de las normas del decreto 80 de 1980, no ha sido aprobado por el Gobierno Nacional , siendo que la aprobación es exigida, para su validez, por el artículo 120 de aquel y,

e) Que en el expediente no obra, con valor probatorio, copia del Reglamento en cuestión.

La vista Fiscal. El Ministerio Público opinó que si el Reglamento del Personal docente no fue aprobado por el Gobierno Nacional, pues para su validez requería de tal aprobación a términos del artículo 120 del decreto 80 de 1980, sería aplicable únicamente la ley "que ordena la desvinculación del docente por vencimiento del período de estabilidad respectivo, sin necesidad de evaluación anual, por lo que el acto acusado se ajustaría a derecho. "; pero que si hubo Reglamento es válido , entonces el acto acusado sería anulable por razones, que en síntesis, coinciden con las expuestas por el Tribunal.

Hecho el anterior recuento, procede la Sala a decidir el recurso impetrado, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1a. Como puede observarse en lo antes expuesto, piedra angular de la acción incoada contra el acto de remoción de la demandante, es la alegada violación del Reglamento de Personal Docente de la Universidad, por lo cual habrá de analizarse en primer término, la juridicidad del referido acto administrativo.

A folios 3 a 34 del expediente se encuentra, por haber sido aportado por la actora, un ejemplar del Reglamento del Personal docente con la respectiva constancia de autenticidad suscrita por la Secretaría General de la Universidad, del cual hace parte el Acuerdo 47 de 1982 expedido por el Consejo Superior, que aprobó el referido reglamento.

Ahora bien, la Sala considera pertinente recordar que en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 8a, de 1979, fue expedido el decreto 80 de 1980, mediante el cual fue organizado el Sistema de Educación Post-Secundaria o Superior, dentro del cual se establecieron normas encargadas de regir, entre otros aspectos, las relaciones laborales de los establecimientos oficiales de educación superior , con los docentes a ellos vinculados. Del Título III del aludido decreto

extraordinario hace parte el Capítulo IV, alusivo todo, al régimen aplicable a dichos servidores oficiales; son materia de dicha regulación, aspectos tales como la definición de docente, su clasificación por la naturaleza del vínculo y su dedicación , las condiciones de ingreso y de retiro, derechos y deberes, escalafón y distinciones académicas.

En relación con dicho régimen legal, para la Sala es claro que en virtud de la organización propia de los establecimientos oficiales de educación superior y de uno de los principios que orienta su actividad , el de la autonomía "dentro de los límites de la Constitución y la Ley ", el aludido decreto 80 facultó a los órganos de gobierno y administración de dichos centros educativos, para regular o desarrollar determinados aspectos propios de su funcionamiento. Una de tales autorizaciones , fue dada por el aludido decreto 80, en los siguientes términos:

> "ARTICULO 120.- El Estatuto o Reglamento para el personal docente que adopte el respectivo Consejo Superior se ceñirá a lo preceptuado en este Decreto y para su validez requiere la aprobación del Gobierno Nacional. En dicho Estatuto se regulará lo concerniente a los mecanismos y procedimientos de evaluación."

De la norma transcrita y de lo hasta aquí expresado, se puede concluir:

a) Que los consejos superiores de las instituciones oficiales de educación superior, pueden expedir el reglamento o estatuto para el personal docente, en virtud de lo dispuesto por dicho artículo, en armonía con lo preceptuado por el 59 , literal b.

b) Que se los facultó en forma expresa para regular dentro de tales estatutos "los mecanismos y procedimientos de evaluación" de los docentes a ellas vinculados.

c) Que para validez de los reglamentos o estatutos mencionados, no es suficiente su expedición por parte de los consejos superiores, pues en forma expresa se exige "la aprobación del Gobierno Nacional". Vale decir , que tales actos administrativos están insertos dentro de la órbita de los denominados actos administrativos complejos, por ser indispensable que a su formación concurran dos o mas voluntades (en este caso dos, la del Consejo y la del Gobierno), sin las cuales el acto no puede producir efecto alguno; pues él no ha nacido a la vida jurídica y mal pueden derivarse de él consecuencias por su incumplimiento.

2a. Como atrás se expresó, la parte actora adjuntó a su libelo introductorio un ejemplar del "Reglamento del personal Docente" de la Universidad Industrial de Santander, con la correspondiente nota de autenticidad; mas, sin embargo, en parte alguna del expediente aparece

constancia de su aprobación por parte del gobierno nacional. Es decir , que tal estatuto no puede regular las relaciones de la Universidad con sus docentes y, en consecuencia, carecen de sustento jurídico los razonamientos de la demandante que pretenden hacer derivar de su incumplimiento, la nulidad del acto demandado.

3a. Ahora bien, haciendo caso omiso de lo dispuesto por el aludido reglamento, como en efecto debe hacerse en virtud de que en realidad no es mas que un proyecto de acto administrativo, fuerza concluir que la remoción de la actora estaba regulada exclusivamente por lo dispuesto por el decreto 80 de 1980, sobre el cual habrán de hacerse las siguientes precisiones, en relación con el punto que nos ocupa:

a) Es cierto que en el expediente aparece acreditado que la señora Rueda de Murillo, fue escalafonada en la categoría de PROFESORA ASISTENTE de la Universidad a partir del 1o. de Marzo de 1985, mediante Acuerdo No. 37 del mismo año (fl. 37).

b) Siendo ello así, es indudable que tenía estabilidad por períodos sucesivos de tres años calendario, según las voces del artículo 109 del referido decreto 80.

c) Dicha estabilidad solo puede afectarse , en virtud de presentarse alguna de las causales de retiro del servicio previstas en la Ley , una de las cuales es precisamente la establecida en el artículo 109 del tantas veces citado decreto extraordinario 80 de 1980 , en los siguientes términos:

> "Si con antelación no inferior a un mes a la fecha de vencimiento del período respectivo, (que para el caso en estudio es de tres años, por tratarse de una docente escalafonada como Profesora Asistente) la institución no manifestare al docente su decisión de dar por terminada la relación laboral, ésta continuará vigente por un nuevo período."

No está por demás anotar que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia , en sentencia del 6 de Mayo de 1982, con ponencia de los doctores Luis Carlos Sáchica, Ricardo Medina Moyano y Gustavo Gómez Velásquez. Pronunciamiento que , en cuanto a su motivación, no comparte esta Sala, porque en su sentir no es cierto que "dicha norma se refiere a los casos en que la relación laboral del docente, se cumple contractualmente y por períodos de tiempo previamente convenidos."

Ello no es así, porque:

- La estabilidad que regula el artículo 109, está circunscrita a los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial, según lo dice en forma expresa su inciso primero.

- Dichos docentes, los de tiempo completo y los de tiempo parcial, están claramente clasificados por la Ley- artículo 97 ibídem- como empleados públicos, quienes como es sabido, en ningún caso se vinculan a la administración mediante contrato. No obstante, no tienen dicha calidad de empleados públicos, ni la de trabajadores oficiales, según las voces del artículo 99, "cuando son requeridos transitoriamente por la institución para un período inferior a un año ", evento en el cual "sus servicios serán reconocidos mediante Resolución" vale decir , que son lo que la Ley, la doctrina y la jurisprudencia han denominado meros auxiliares de la administración.

- La vinculación contractual está prevista (art. 98) para los docentes de cátedra, que por su naturaleza no son de tiempo completo, ni de tiempo parcial, contratos que deberán celebrarse por períodos académicos, los cuales en ningún caso llegan a igualar el período de estabilidad mínima establecida para los docentes escalafonados, que es de dos años.

Fluye de lo anterior, en sentir de la Sala , que el legislador extraordinario lo que hizo respecto a los docentes que pueden estar escalafonados- y ya vimos que sólo pueden estarlo los de tiempo completo y los de tiempo parcial, que por demás tienen el carácter de empleados públicos-, fue darles períodos de estabilidad, como la misma norma lo dice . Períodos, que se prorrogan automáticamente ante el silencio de la entidad empleadora, o que finalizan a su vencimiento cuando la institución "con antelación no inferior a un mes" manifiesta " al docente su decisión de dar por terminada su relación laboral".

Ahora bien, encuentra la Sala que la ley no ha condicionado a formalidad distinta a la antelación con que debe darse el aviso al docente, la validez de la manifestación de voluntad de la entidad empleadora de dar por terminado el vínculo laboral. Al ser ello así , debe concluirse que por este aspecto la Universidad Industrial de Santander actuó conforme a derecho al tomar la decisión de poner término a la vinculación de la demandante.

En consecuencia, el cargo formulado sobre las anteriores bases por la actora, no puede prosperar.

4a. La conclusión anterior, releva a la Sala de tener que referirse a los demás puntos en que la parte demandada sustenta su recurso de apelación, como los referentes a las evaluaciones.

5a. Las demás normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, no gobiernan en concreto la estabilidad alegada por la demandante, por lo cual tampoco pueden servir de sustento a la prosperidad de sus pretensiones.

Síguese, que se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se negarán aquellas.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 25 de Mayo de 1989, en el proceso promovido por LUZ MARINA RUEDA DE MURILLO y en su lugar se dispone:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese , notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de Agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz , Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas , Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos , Secretaria.

CONCEJO MUNICIPAL- Reglamento

Es de competencia de los Concejos Municipales, de conformidad con lo estatuido en el artículo 72 del C. de R.M expedir el reglamento interno para su adecuado funcionamiento, regular en dicho reglamento el sistema de elección de sus representantes o delegados y funcionarios , acorde con lo dispuesto en el articulo 100 *ibídem.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 4649. Asuntos Municipales Actor : Luis Gustavo Corzo Castro.-

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por Luis Gustavo Corzo Castro, contra la sentencia de 25 de Julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

ANTECEDENTES:

Se solicitó en este proceso en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la nulidad del inciso 1º y del parágrafo transitorio del artículo 89 del acuerdo No. 53 de Octubre 22 de 1986, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, mediante el cual se estableció el reglamento interno de dicha corporación.

En el escrito demandatorio se citaron como disposiciones violadas los artículos 197 de la Constitución Política anterior; 4º del decreto 49 de 1932, reglamentario de las leyes 84 de 1915 y 5a. de 1929; artículo 55 y su parágrafo transitorio de la ley 11 de 1986. En el desarrollo del concepto de violación se dice que al disponer el artículo 89, inciso primero y parágrafo transitorio del Acuerdo No. 53 de 1986 que el Secretario General, el Subsecretario y el auxiliar del Concejo Municipal de Villavicencio serán elegidos para períodos de un año y que estos mismos funcionarios designados en las sesiones que se iniciaron el 1º de Noviembre de 1986 lo serían por un período que no iría más allá del 31 de Julio de 1987, se está infringiendo el mandato que consagra el artículo 4º del decreto 49 de 1932 y consecuencialmente el inciso primero del artículo 197 de la Carta de 1886; que igualmente resulta vulnerado el artículo 55 de la ley 11 de 1986, ya que el período de los concejales es de dos años , por lo cual el Concejo Municipal de Villavicencio no podía limitar el período del Secretario a 31 de Julio de 1987 sino a 31 de Julio de 1988, teniendo en cuenta que su período es el mismo de los concejales por mandato expreso de la Ley; que no solo se desconoce la Ley al limitar el período que viene corriendo sino que además se limita el período a un año en abierta contradicción a la disposición de superior jerarquía que ordena que éste sea igual al de los concejales (folios 17 y 18).

El Tribunal del conocimiento, negó las pretensiones del escrito demandatorio, pues consideró que el Concejo Municipal de Villavicencio desarrolló el vacío creado por el artículo 385 del decreto 1333 de 1986 al decir que estaban derogadas las normas no codificadas en este estatuto; que por consiguiente el reglamento del concejo se ajusta a claro y específico mandato legal en una materia que dejó de tener origen en la ley, para ser establecida en reglamento; que basta remitirse en este asunto a la Ley 153 de 1887 para comprender el fenómeno que se debate, por lo que no se ha presentado violación de disposición superior alguna ; que la reglamentación del citado Concejo autorizada por el artículo 72 del decreto 1333 de 1986 en materia de período de los empleados de esta corporación administrativa, se acomoda a los mandamientos legales vigentes; que el artículo 385 del referido decreto está vigente y , por ende, aplicable por el Concejo Municipal de Villavicencio.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito de sustentación del recurso de apelación, el demandante sostiene que el sentido jurídico que debe darse al literal b) del artículo 76 de la Ley 11 de 1986 no es el de que la facultad de codificar implique la de derogar normas sobre la materia que debían quedar dentro del conjunto del estatuto de régimen municipal; que la expresión "están derogadas" traída por el artículo 385 del decreto 1333 de 1986 no es sinónima de las expresiones "se derogan o deróganse", porque mientras estas tienen por objeto derogar las normas vigentes que se indique , aquella significa únicamente que se

presume que las que no aparecen en el comentado decreto estaban derogadas, pero que ello no obsta para que se demuestre lo contrario; que a tales conclusiones llegó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre 13 de 1986; que si se estudia detenidamente el contenido en los artículos 162 del Código de Régimen Político y Municipal y el 76 del nuevo Código sobre la materia, se encuentra similitud en su significado y sentido, lo cual lleva a concluir que no se puede considerar derogado el artículo 4º del decreto reglamentario 49 de 1932 o incompatible, por no existir una Ley nueva que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería tal como lo determina el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 en relación con los artículos 71 y 72 del Código Civil (folios 40 a 43).

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado es de opinión que debe revocarse el fallo dictado por el *a-quo* para que se acceda a las súplicas de la demanda, por solo en cuanto se refieren al período del Secretario del Concejo, por cuanto el artículo 4º del decreto 49 de 1932 no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente, por lo que se encuentra vigente ; que así las cosas no alcanza a eliminarlo del mundo jurídico el simple olvido a la indolencia del codificador (folios 50 y 51).

Procede la Sala a decidir previas estas

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del inciso primero y el parágrafo transitorio del artículo 89 del acuerdo No. 53 de Octubre 22 de 1986, dictado por el Concejo Municipal de Villavicencio, mediante el cual se estableció el reglamento interno de dicha corporación administrativa.

El texto del artículo 89 del referido acuerdo es el siguiente:

"*ARTICULO 89.*- El Secretario General, el sub-secretario y el auxiliar del concejo, serán elegidos para períodos de un año pudiendo ser reelegidos en forma indefinida.

PARAGRAFO.-Los demás empleados del Concejo serán de libre nombramiento y remoción (sic) por parte del Presidente.

PARAGRAFO TRANSITORIO: El Secretario general, el Subsecretario y el auxiliar del Concejo que se elijan en las sesiones que se inician el 1o. de Noviembre de 1986, será por un período que no irá más allá del 31 de Julio de 1987". (folio 15).

Ahora bien, la Sala considera que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en este asunto amerita ser confirmada, teniendo en

cuenta que lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 49 de 1932., es decir, que el período del secretario y del suplente de éste del Concejo Municipal será el mismo de los concejales, no fue incorporado en el Código de Régimen Municipal.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 385 del Decreto 1333 de 1986, según el cual están derogadas las normas sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en ese estatuto, fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de Noviembre de 1986, en la cual se dijo que la facultad de codificar no se refiere únicamente a la labor de compilar que es eminentemente mecánica, sino que comprende también la facultad de refundir y derogar normas para que toda la materia quede en un solo cuerpo legal.

En realidad no es que la Sala acepte que la facultad de codificar comprenda necesariamente la de derogar normas; lo que ocurre en este caso es simplemente, que el artículo 385 del Código de Régimen Municipal, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia indicó que estaban derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración municipal no codificadas en ese estatuto, y es imposible desconocer este ordenamiento legal.

De tal manera que, no habiendo sido codificado el Decreto 49 de 1932, al tenor de lo dispuesto por el artículo 385 citado, dicho decreto está derogado.

En este sentido se pronunció la Sección 5a. del Consejo de Estado en sentencia de 15 de Julio de 1988, con ponencia del Consejero Doctor Amado Gutiérrez, así:

> "Ahora bien: Siendo así que las previsiones del Decreto 49 de 1932 no fueron incorporadas al Decreto 1333 de 1986, ¿podrá estimárselas vigentes y, por ende, su violación constituirse en fundamento de invalidez de la elección acusada? Indudablemente no, pues lo contrario implicaría desconocimiento por el legislador, en ese caso el Presidente de la República, del alcance de las facultades extraordinarias otorgadas mediante el literal b) del art. 76 de la Ley 11 de 1986, ordenadas a codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de la Administración Municipal".

Además, es de competencia de los Concejos Municipales, de conformidad con lo estatuido en el artículo 72 del C. de R. M . expedir el reglamento interno para su adecuado funcionamiento, regular en dicho reglamento el sistema de elección de sus representantes o delegados y funcionarios, acorde con lo dispuesto en el artículo 100 ibídem.

En resumen, si no está vigente el artículo 4º del Decreto 49 de 1932, es imposible aceptar que se ha violado, luego de la vigencia del Código de Régimen Municipal.

Por otra parte, no se observa en este caso infracción del artículo 197 de la Constitución de 1886, pues los Concejos Municipales están autorizados para expedir su propio reglamento.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 25 de Julio de 1989, dentro del proceso instaurado por Luis Gustavo Corzo Castro.

Cópiese , notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 18 de Agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR /SOCIO/ OFICIAL RETIRADO

Tratándose de la causal de retiro, en los términos de la última norma indicada, sólo los oficiales que salgan del servicio activo por "separación absoluta" o "retirados por conducta deficiente", son los que no pueden ser socios del club demandado.

Por ello, al invocarse implícitamente en el acto acusado que la causal de retiro denominada "Por voluntad del Gobierno " no le permite al actor ser socio efectivo, se está violando, entre otros, el literal a) del artículo 4o. del referido Estatuto de Socios, lo que determina que las pretensiones de la demanda deban prosperar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº.4660 Autoridades Nacionales. Actor: José Gonzalo Cuervo Joya.

JOSE GONZALO CUERVO JOYA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado con el fin de que se anule la decisión de la Junta Directiva del CLUB MILITAR que no lo admitió como socio efectivo, proferida en la reunión del 3 de Junio de 1989 y se ordene su admisión como tal.

En los hechos de la demanda se relata que el actor prestó servicios a la Policía Nacional durante más de 19 años; que fue retirado por voluntad del Gobierno Nacional mediante el decreto 579 del 21 de Marzo de 1989, cuando tenía el grado de Mayor; que goza de asignación de retiro con cargo a la Caja de Sueldos de Retiro correspondiente; que dentro de los términos exigidos por el Estatuto de Socios del Club Militar presentó solicitud de ingreso como socio efectivo, la cual fue negada , según consta en el Acta 308 del 3 de Junio de 1989; que durante la prestación de sus servicios el actor se desempeñó en regiones de turbación del orden público, habiendo contribuido al sostenimiento del Club, inclusive con cuotas extraordinarias y siempre observó una conducta excelente dentro de las instalaciones del demandado y fuera de ellas y que el actor siempre ha sido socio del Club, por lo cual el acto administrativo acusado es caprichoso y arbitrario.

En el capítulo de las normas violadas y la explicación del concepto de violación se invocan los decretos 262, 894 y 1570 de 1978, 2150 de 1960, 1110 de 1969, 634 de 1973, 894 y 1570 de 1978, 608 de 1984, 613 de 1985 y 559 de 1986 y los artículos 16, 17, 30 y 169 de la Constitución Política. El concepto de la violación se expuso a folios 29 a 34.

La vista Fiscal . Considera que la acción debe fracasar porque el actor no logró cumplir el requisito de los 15 años con la calidad de socio activo, o por lo menos, no lo demostró.

LA SALA CONSIDERA

1. En primer lugar la Corporación observa que en el régimen legal aplicable a los socios del Club , vigente para la época del caso *sub-exámine*, no está prevista la discrecionalidad que para la admisión de tales socios le han asignado a la Junta Directiva otros estatutos, como acontecía con los aprobados por el decreto 894 de 1978, en cuyo artículo 7o. se preveía que era competencia de dicho órgano de administración, "g) Aprobar o improbar discrecionalmente las solicitudes de admisión para ingreso como socio o asociado;....". Siendo ello así, al no estar prevista tal discrecionalidad dentro del régimen legal aplicable al actor, debe concluirse que ella era una facultad reglada, vale decir, que no le era dado a la Junta Directiva negar el derecho cuando el peticionario cumplía con los requisitos señalados en el Estatuto de Socios.

2. Ahora bien, con arreglo a las previsiones del Estatuto de Socios del club demandado, aprobado por el decreto 559 de 1986, que es el aplicable al caso *sub-judice,* son socios efectivos los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con un mínimo de 15 años como socios activos y gocen de asignación de retiro o pensión militar o policial (artículo 4o. literal a).

3. No existe duda acerca de que el demandante goza de asignación de retiro, pues así lo demuestra la copia de la Resolución 2137 del 17 de julio de 1989 de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional(fls. 6 y 7).

De otro lado, el requisito de haber sido socio activo por 15 años, se encuentra acreditado no solo con la hoja de servicios policiales (fls. 56) que arroja un tiempo real de 17 años 3 meses y 21 días, sino con el oficio en el que se fundó el acto acusado del Director General de la Policía Nacional (fl, 47) que dice que el "TIEMPO APORTE" del actor, fue de "170321".

4. El 21 de Abril de 1989 (fl. 47) el Director General mencionado, por medio del oficio 00948-PNDG - PEROF- 109, conceptuó ante el Director General del club demandado que el actor, entre otros ex- oficiales, no debía continuar siendo socio "por la causal de retiro (voluntad del Gobierno) o por no cumplir el requisito establecido en el artículo 4o; literal a) del Estatuto de Socios."

5. El "tiempo de aporte " indicado en tal concepto respecto del demandante, como ya se vio , es de 17 años 3 meses y 21 días ; y en relación con otros ex-oficiales, se indican tiempos inferiores a los quince años.

6. Luego, frente a la exigencia que para ser socio efectivo trae el aludido literal a), que el oficial se retire con un mínimo de 15 años como socio activo y goce de asignación de retiro o pensión militar o policial, concluye la Sala que cuando el concepto de la Dirección de la Policía dice que los oficiales allí relacionados no cumplen con el requisito establecido en dicho literal, no se está refiriendo al demandante sino a los oficiales que, o no aportaron durante el mínimo de los 15 años exigidos, o no tenían derecho a asignación de retiro o a pensión; porque , como se ha dicho, el actor si goza de asignación de retiro y superó aquellos 15 años, y en consecuencia respecto a él, en los términos del concepto, solo seria predicable la causal de retiro, como justificativa de la negación del derecho reclamado.

7. Además, se tiene que el acto acusado que obra a folio 5, fundamenta en el aludido concepto la negativa para admitir al actor como socio efectivo.

8. La única explicación para sostener que no puede ser admitido como socio efectivo por haber sido retirado del servicio por voluntad del Gobierno conforme al artículo 4o., literal a) del Estatuto de Socios aprobado por el decreto 559 de 1986, sería una interpretación literal de la expresión "se retiren " que trae dicha norma, para concluir que el actor no "se retiró" sino que "fue retirado", por voluntad del Gobierno.

Pero, la Sala observa que en el caso del demandante no se presenta alguna de las causales del mencionado Estatuto de Socios que le impida serlo, a saber: haber sido separado en forma absoluta , o retirado por conducta

deficiente , o condenado penalmente en las condiciones allí previstas. Tampoco ha sido "separado" en forma temporal para que transitoriamente haya perdido el derecho, en los términos del parágrafo de la mencionada norma.

En efecto , según el Estatuto de la Carrera de Oficiales de la Policía Nacional, vigente cuando el actor salió del servicio activo (decreto 96 de 1989) el retiro podía ocurrir, temporalmente, por las siguientes causas: por solicitud propia, por cumplir cuatro años en el grado de general, por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del gobierno, respecto a Oficiales , por sobrepasar la edad correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial, por incapacidad profesional o por inasistencia al servicio por mas de 10 días sin causa justificada. Y en forma absoluta, por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez, por conducta deficiente y por haber cumplido 65 años de edad, en el caso de los oficiales (art. 111).

Entonces, si se aceptara que la expresión "se retiren " contenida en el citado artículo 4o. comprende únicamente a los oficiales que han salido del servicio por solicitud propia, resultaría por ejemplo, que el oficial que no se retiró sino que fue retirado por incapacidad sicofísica, no tendría derecho a ser socio efectivo, aunque reúna los demás requisitos, lo cual no armoniza con los mandatos del artículo 9o., que impiden serlo, pero en otras condiciones.

De ahí, *que tratándose de la causal de retiro*, en los términos de la última norma indicada, solo los oficiales que salgan del servicio activo por "separación absoluta " o "retirados por conducta deficiente", son los que no pueden ser socios del Club demandado.

Por ello , al invocarse implícitamente en el acto acusado que la causal de retiro denominada "Por voluntad del Gobierno " no le permite al actor ser socio efectivo, se está violando, entre otros, el literal a) del artículo 4o. del referido Estatuto de Socios, lo que determina que las pretensiones de la demanda deban prosperar.

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

FALLA:

1o. Declárase que es nulo el acto de la Junta del Club Militar proferido el 3 de junio de 1989, que negó la admisión del demandante JOSE GONZALO CUERVO JOYA como socio efectivo.

2o. Para restablecer el derecho del actor, el Club Militar admitirá como socio efectivo a JOSE GONZALO CUERVO JOYA, con los derechos y obligaciones establecidos en los reglamentos respectivos .

Cópiese , notifíquese y archívese.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 12 de Agosto de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SENTENCIA INHIBITORIA/DENEGACION DE JUSTICIA-Improcedencia

El artículo 48 de la Ley 153 de 1887 entiende que hay denegación de justicia cuando el juez rehusa juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley y el artículo 37 del C. de P.C. le impone al juez la obligación de emplear sus poderes en materia de pruebas para evitar providencias inhibitorias, no ve la Sala como pudieron desconocerse estos preceptos en el fallo recurrido que declaró la inhibición, no por defectos de la ley, ni por la insuficiencia de pruebas, sino por deficiencias de la demanda que según la sentencia acumuló indebidamente varias pretensiones. Y no pudiéndose remover el obstáculo de la inhibición, no puede la sala entrar a examinar el error *in judicando* que el recurrente imputa al Tribunal respecto a la no aplicación de las normas sustanciales que regulan la pretensión de la demanda.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION/SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia.

La Sala reiteradamente ha sostenido que en principio no cabe el recurso extraordinario de anulación contra las sentencias inhibitorias, toda vez que para entrar a examinar si se dio la violación de las normas sustanciales que dejaron de aplicarse por razón de la inhibición, debe en primer término removerse el obstáculo que no permitió el fallo de fondo y generalmente ello implica el análisis no solo de la sentencia sino de todo el proceso y el examen de la aplicación que el Tribunal hizo de las normas de procedimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 2604. Recurso de Anulación. Actor: Elvira Acosta de Barrera y Otros.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 2 de febrero de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso promovido por Elvira Acosta de Barrera y Otros para impetrar la declaratoria del silencio administrativo negativo y la condena a la administración del citado departamento, por conducto del Fondo Educativo Regional -FER-, a reconocer, liquidar y pagar a los actores el subsidio familiar que, en su sentir les corresponde.

I- LA SENTENCIA RECURRIDA

En la sentencia recurrida el a-quo decidió declararse inhibido para conocer en el fondo la controversia jurídica planteada dentro del proceso por indebida acumulación de pretensiones (folios 257 a 266 cuaderno No. 2).

Para sustentar su decisión el Tribunal Administrativo de Boyacá se apoyó en sentencia de abril 9 de 1984, expediente No. 7021, actor Adela de Jesús Rivera Viuda de Arias y Otros, Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello.

II- EL RECURSO DE ANULACION

En el escrito contentivo del recurso extraordinario de anulación, se formula contra la sentencia recurrida los cargos de violación de los artículos 26 de la Constitución Política anterior, 48 de la ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 37 numeral 4o. del Código de Procedimiento Civil y de las disposiciones contenidas en el decreto 118 de 1957 y las leyes 58 de 1963 y 56 de 1973 que regulan el subsidio familiar (folios 10 a 26 cuaderno principal).

Expone la síntesis de la acusación, en la siguiente forma:

"La parte resolutiva de la sentencia de única instancia se abstuvo de fallar el fondo de las pretensiones acumuladas.

El debido proceso y las formas propias de cada juicio, que ampara el art. 26 de la Carta Magna, formas que implican que en los procesos se

producen actuaciones que se encierran en comportamentos y estancos, no susceptibles de posterior revisión, a menos de tratarse de recurso de casación o de revisión, inciden el desconocimiento de la citada norma de la Constitución.

La providencia atacada implica una verdadera denegación de justicia, con lo cual se desconoció el artículo 48 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el art. 37, numeral 4) del Código de Procedimiento Civil, denegación justicia, que, en concepto de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Jurisprudencia que se acabó de transcribir no es de recibo en los estrados judiciales.

Además, a pesar de que la Constitución supone la aplicación de pronta y cumplida justicia, el fallo de instancia al abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones implica un desconocimiento terminante de estos preceptos constitucionales."

III- LA VISTA FISCAL

La agencia del Ministerio Público, en su concepto de fondo (folios 58 a 61 cuaderno principal), considera que el recurso de anulación no está llamado a prosperar, por tratarse de una sentencia inhibitoria.

Concluye así el concepto de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado:

"En efecto, en el caso de autos se trata de una sentencia inhibitoria, conlleva obviamente al análisis de normas de procedimiento, por lo que la violación es claro que no sería directa tal como lo exige el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo sino indirecta. Se excluye el análisis de normas procedimentales.

Así las cosas forzoso es concluir que en el caso debatido no hubo aplicación de normas sustantivas sino aplicación e interpretación de normas procesales, y su violación por la sentencia que se recurre no podrá ser directa sino indirecta."

CONSIDERACIONES:

La Sala reiteradamente ha sostenido que en principio no cabe el recurso extraordinario de anulación contra sentencias inhibitorias, toda vez que para entrar a examinar si se dio la violación de las normas sustanciales que dejaron de aplicarse por razón de la inhibición, debe en primer término removerse el obstáculo que no permitió el fallo de fondo y generalmente ello implica el análisis no sólo de la sentencia sino de todo el proceso y el examen de la aplicación que el Tribunal hizo de las normas de procedimiento.

En el caso *sub-judice*, para remover el obstáculo de la inhibición, el recurrente alega la violación del artículo 26 de la antigua Constitución Política, norma que consagra la garantía del debido proceso y de la cual el Consejo de Estado ha dicho que no es posible su violación directa, dado que sólo a través de su desarrollo legal, puede determinarse si el juzgamiento se ajustó o no a las normas que lo regulan. También invoca la violación del artículo 48 de la ley 153 de 1887 y el art. 37 del anterior Código de Procedimiento Civil, normas que se refieren a los deberes del juez y por ello no son disposiciones sustanciales que podrían dar lugar, en el evento de haber sido desconocidas por el Tribunal, a la anulación de la sentencia.

Por lo demás, si el art. 48 de la ley 153 de 1887 entiende que hay denegación de justicia cuando el juez rehusa juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley y el artículo 37 del C. de P.C. le impone al juez la obligación de emplear sus poderes en materia de pruebas para evitar providencias inhibitorias, no ve la Sala cómo pudieron desconocerse estos preceptos en el fallo recurrido que declaró la inhibición, no por defectos de la ley, ni por insuficiencia de pruebas, sino por deficiencia de la demanda que según la sentencia, acumuló indebidamente varias pretensiones. Y no pudiéndose remover el obstáculo de la inhibición, no puede la Sala entrar a examinar el error in judicando que el recurrente imputa al Tribunal respecto a la no aplicación de las normas sustanciales que regulan la pretensión de la demanda.

En oportunidad anterior sobre este particular la Sala se pronunció así:

"Siendo de suyo el fallo inhibitorio un pronunciamiento que soslaya, por razones procedimentales, la cuestión de fondo que se plantea en la demanda, en forma alguna podría predicarse" violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva", como lo exige para este recurso el artículo 197 del C.C.A. como causal única de anulación. No puede haber violación de este tipo de normas porque," éstas habrían de ser las que tuvo en mente el accionante como atributivas o declarativas de los derechos alegados en sus pretensiones y obvio es que de ninguna manera podría el juez haberlas tomado en consideración habiéndoselo impedido el obstáculo procesal que dio lugar a la inhibición, según puntualizó esta misma Sala en un caso anterior". (sentencia octubre 22, 1990, expediente No. 2567, Consejero Ponente: Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker).

Acorde pues, con las consideraciones hechas, es claro para la Sala que el recurso de anulación presentado contra la sentencia del a-quo de febrero 2 de 1987 no tiene vocación de prosperidad.

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 el recurso extraordinario de anulación interpuesto por lo demandantes contra la sentencia de 2 de febrero de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

No se condena en costas por no aparecer causadas.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente*; Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ COMISION DE PERSONAL/ REPRESENTANTE-Elección/ **ESTATUTOS/ COMPETENCIAS/ PRESIDENTE-**Improcedencia/ **EMPLEADO PUBLICO.**

El último inciso del artículo 1o. del Decreto 2045 de 1969 hace expresa alusión a que en las empresas industriales y comerciales del estado en lo referente a la comisión de personal se estará a lo dispuesto por sus correspondientes estatutos de administración de personal, y no siendo de competencia del Presidente de la empresa, la expedición de éstos, es fácil concluir que efectivamente como lo alega la parte actora, el Presidente de CARBOCOL S.A. no tenía competencia para expedir el acto acusado. Por otra parte la Sala puntualiza que la comisión de personal a que se refieren los artículos 57 del Decreto 2400 de 1968 y 1o. del Decreto 2045 de 1989, está prevista para los empleados públicos, no para trabajadores oficiales, por lo cual la extensión que en la resolución se hizo en forma unilateral, para hacerla operante respecto a éstos es indebida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3309 Autoridades Nacionales. Acción de Nulidad. Actor: Sindicato de Trabajadores Oficiales de Carbones de Colombia S.A. "Sintrabocol".

El Sindicato de Trabajadores Oficiales de Carbones de Colombia S.A. "SINTRABOCOL", mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación la nulidad de la Resolución No. 0177 de enero 30 de 1987 originaria del Presidente de la Empresa de Carbones de Colombia S.A. "CARBOCOL", "por la cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión de Personal y la elección del representante de los trabajadores ante la misma" (Fls. 226-234).

Los hechos de la demanda se relacionan así:

1o. El día 30 de enero de 1987 el Presidente de la Sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A., expidió la Resolución No. 0177 mediante la cual se le adscriben funciones a la Comisión de Personal y se reglamenta la elección de representantes de los trabajadores.

2o. Esta resolución se encuentra falsamente motivada como lo demostraré en este proceso.

3o. La sociedad denominada CARBONES DE COLOMBIA S.A. es una empresa Industrial y Comercial del Estado, adscrita al Ministerio de Minas y Energía constituida mediante Escritura Pública No. 6350 del 16 de noviembre de 1976, de la Notaría 7a. del Circulo de Bogotá y al tenor de lo preceptuado en el artículo 5o. del Dcto. 3135 del 68 y del literal b) del art. 3 del Dcto. 1848 del 69, por regla general sus empleados son TRABAJADORES OFICIALES.

4o. En la Empresa CARBONES DE COLOMBIA S.A. no existe Estatuto de Administración de Personal y además los Estatutos Generales no contemplan la creación de Comisión de Personal como puede observarse de la lectura del contenido de la Escritura No. 6350 antes referida.

5o. En el supuesto de que la resolución acusada fuera legal, la empresa violó lo establecido en el Art. 4 del Dcto. 2045 del 69, por cuanto no convocó previamente a los representantes de los Sindicatos legalmente reconocidos.

6o. En atención a que la organización sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE CARBONES DE COLOMBIA S.A. "SINTRABOCOL", consideró ilegal y lesiva a sus intereses, la resolución promulgada acudió ante el Presidente de la empresa, para que declarara su nulidad.

7o. En respuesta extemporánea, de fecha 28 de diciembre de 1987 el Presidente de CARBONES DE COLOMBIA S.A., respondió que la resolución se aplicaría mientras la Jurisdicción Contencioso Administrativa no dijera otra cosa. (fls. 241-242).

Se invocan como preceptos violados la ley 6a. de 1945, artículos 25 y concordantes; decreto 2127 de 1945, artículos 34 y 37; decreto 2400 de 1968, artículos 1, 3 y 57; decreto 2045 de 1969, artículo 1o, 4o. y concordantes; decreto 1005 de 1980 y Convención Colectiva de Trabajo, artículos 4o, 6o, 42, 43 y 45.

El concepto de violación de las normas citadas lo desarrolla el accionante a folios 242-245 y a sus planteamientos sobre el quebranto de las normas invocadas se hará en expresa referencia en el curso de esta providencia.

Solicitada en la demanda la suspensión del acto acusado, fue negada por auto de Sala Unitaria de marzo 22 de 1988. (fls. 249-252).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación expone su criterio favorable a la pretensión de nulidad del acto, pues considera que el funcionamiento de la comisión de personal, sólo puede reglamentarse en los estatutos básicos de la empresa, ni siquiera por su Junta o Consejo Directivo, por cuanto el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 que preveía tal posibilidad fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia. Afirma igualmente que hubo violación del artículo 4o. del Decreto 2045 de 1969 que impone la obligación incumplida por la Empresa de oír a los representantes del sindicato o sindicatos para proceder a la elección de su representante en la comisión de personal, cuyo incumplimiento fue aceptado por el propio apoderado de la entidad que emitió el acto. (fls 306-312).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata en el sub-exámine de determinar si la resolución 0177 de 1987 mediante la cual el Presidente de Carbones de Colombia S.A. reglamentó "el funcionamiento de la Comisión de Personal prevista en el artículo 1o. del Decreto 2045 de 1969, y la elección del representante de los trabajadores ante la misma", se ajusta o no a las disposiciones legales citadas como quebrantadas en la demanda.

Carbones de Colombia S.A. "CARBOCOL" fue constituida por escritura pública No. 6.350 del 16 de noviembre de 1976 otorgada en la Notaría 7a. del Círculo de Bogotá (fls. 200-214), y según la ley 61 de 1979 art. 7o. es una Sociedad Comercial e Industrial del Estado del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

Ahora bien, el artículo 57 del Decreto 2400 de 1968 dispone que en cada organismo de la Rama Ejecutiva funcionará una comisión de personal y el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2045 de 1969 prescribe que " en

los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, se estará a lo dispuesto por sus correspondientes estatutos de administración de personal, de acuerdo con el artículo 38 del Decreto número 3130 de 1968".

Afirma el accionante que en CARBOCOL S.A. no podía funcionar la comisión de personal indicada, porque el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 al que hace expresa referencia el artículo 1o. del Decreto reglamentario 2045 de 1969 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, apreciación que la Sala estima equivocada porque el decreto 2045 de 1969 es reglamentario del artículo 57 del decreto 2400 de 1968, no del artículo 38 del decreto 3130 del mismo año, por lo cual al declararse la inexequibilidad de este último, sólo quedaría sin vigencia la última frase del inciso 1o. del artículo 1o. que dice: "de acuerdo con el artículo 38 del decreto número 3130 de 1968", más no el resto del artículo.

Pero como ciertamente el último inciso del artículo 1o. del decreto 2045 de 1969 hace expresa alusión a que en las empresas industriales y comerciales del Estado en lo referente a la comisión de personal se estará a lo dispuesto por sus correspondientes estatutos de administración de personal, y no siendo de competencia del Presidente de la empresa, la expedición de estos, es fácil concluir que efectivamente como lo alega la parte actora, el Presidente de CARBOCOL S.A. no tenía competencia para expedir el acto acusado.

Por otra parte la Sala puntualiza que la comisión de personal a que se refieren los artículos 57 del Decreto 2400 de 1968 y 1o. del Decreto 2045 de 1969, está prevista para los empleados públicos, no para trabajadores oficiales, por lo cual la extensión que en la Resolución se hizo en forma unilateral, para hacerla operante respecto a éstos, es indebida.

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:

DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 0177 de enero 30 de 1987 expedida por el Presidente de Carbones de Colombia S.A."CARBOCOL", por la cual se reglamenta el funcionamiento de la Comisión de Personal y la elección del representante de los trabajadores ante la misma.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y siete (17) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente *,Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RETIRO DEL SERVICIO POR INCAPACIDAD

La parte actora y ahora recurrente no argumentó en contrario, ni allegó pruebas tendientes a desvirtuar la veracidad de lo afirmado por la administración en el sentido de que por haber estado incapacitada por un período superior a 180 días, en términos del parágrafo del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 procedía su separación del servicio. De otro lado, se advierte que conforme a la certificación y a la historia clínica de la demandante, ésta si estuvo incapacitada por más de 180 días. El ordenamiento jurídico establece que la incapacidad para laborar que supere ese término, da lugar al retiro del respectivo funcionario del servicio, independientemente de que ello obedezca a enfermedades o perturbaciones orgánicas que aquel presente desde antes de vincularse a la administración pública. Al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de la remoción de la accionante no es viable infirmar los actos acusados; pues su motivación, es decir, la incapacidad por lapso superior a 180 días aparece demostrada en el expediente.

PENSION DE INVALIDEZ / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento

En lo atinente a la solicitud subsidiara de reconocimiento de pensión de invalidez es necesario anotar, que ese derecho no se deriva de la nulidad de los actos acusados que resuelven únicamente el retiro del servicio, aun cuando erróneamente en su parte motiva mencionen tal prestación, y que tampoco está acreditado el agotamiento de la vía gubernativa; es decir, la solicitud previa a la Universidad en este sentido y la negativa expresa o tácita de ésta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: Doctora Clara Forero de Castro

Referencia: Expediente Nº, 4794. Autoridades Departamentales Actora: Luz Stella Nieto Hernández.-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 1989 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora LUZ STELLA NIETO HERNANDEZ pidió al Tribunal anular las resoluciones Nos. 1357 de 17 de diciembre de 1986, 0013 y 460 de 22 y 30 de enero de 1987, las dos primeras expedidas por la Rectoría de la Universidad de Antioquia y la última por el Consejo Superior de la misma institución, mediante las cuales se le desvinculó del cargo de docente de tiempo completo adscrito al Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Sociales de dicha Universidad.

Como consecuencia de tal nulidad impetró el restablecimiento de su derecho consistente en el reintegro al citado cargo en iguales o superiores condiciones, en el pago de los haberes dejados de percibir por concepto de sueldos y prestaciones sociales a raíz de su remoción y la declaratoria de inexistencia de solución de continuidad en la prestación de sus servicios a la entidad demandada.

Subsidiariamente y en el evento de considerarse que podía ser desvinculada válidamente del servicio público, la accionante solicita disponer que la entidad demandada debe cubrirle la pensión de invalidez en los términos del literal b) del artículo 23 del decreto 2400 de 1968, (sic) a partir de la fecha de su desvinculación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal en el fallo recurrido negó la pretensión de reintegro de la actora al cargo que ocupaba en la Universidad de Antioquia y declaró la inhibición para pronunciarse de fondo sobre la petición de pensión de invalidez, para lo cual consideró que al impetrarse la reincorporación al servicio público, no se efectuó ningún planteamiento, ni nada se probó sobre este aspecto y

que no aparece acreditado que la demandante hubiera elevado a la entidad demandada ningún requerimiento para que se le reconociera pensión de invalidez; y que de las resoluciones enjuiciadas se infiere que no ha sido negado el reconocimiento de esa prestación social, "porque los referidos actos solo resuelven clara y expresamente sobre la desvinculación de la demandante, en forma tal, que esta jurisdicción no ha adquirido competencia aún, para pronunciarse sobre este aspecto, como quiera que ella cumple una función revisora por vía del control jurisdiccional, al tenor de los actos producidos por la Administración por la vía gubernativa" (folio 92).

EL RECURSO

Al impugnar la sentencia a través del recurso de apelación, la demandante afirma que se le retiró de su empleo "sin buscar un evidente mejoramiento en el buen servicio de la entidad", que a ello obedeció su solicitud de reintegro, "porque si el vínculo laboral fue roto en disconformidad con la ley debe ser restablecido". (folio 97). Que sin embargo, el a-quo desconoció esa circunstancia al momento de decidir la controversia.

Agrega que la petición subsidiaria de reconocimiento de pensión de invalidez debió atenderse, pues "si en un proceso determinado el Juez, en mi sentir, encuentra que la forma más adecuada de restablecer el derecho a quien le ha sido violado, es la ordenar el reconocimiento de una pensión de invalidez, en lugar del reintegro que solicitó en el agotamiento de la vía gubernativa, así lo debe disponer la jurisdicción. Un legalismo tan extremo y cerrado como el que plantea la sentencia, no contribuye a restablecer el derecho en donde este ha sido violado, que es una de las misiones fundamentales de la jurisdicción". (folio 98).

Y remata advirtiendo que así en la demanda no se hubiera profundizado sobre la petición principal, debió despacharse favorablemente "toda vez que la Universidad de Antioquia pasó por la borda elementales principios jurídicos cuando dispuso el retiro de la señora NIETO HERNANDEZ". (folio 98).

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía cuarta de la Corporación considera que la resolución # 1557 de 1986 fue falsamente motivada, por cuanto en ella se adujo que la actora no tenía derecho a pensión alguna por haber renunciado ante la División Departamental del Trabajo de Antioquia del Ministerio de Trabajo y Seguridad y Seguridad Social a las prestaciones e indemnizaciones generadas en la pérdida de la capacidad laboral en razón de su estado al momento de ingresar al servicio, pues en virtud de la negación sistemática de la demandante de haberlo hecho y no obstante que en el examen médico de ingreso de ésta aparece un sello del citado Ministerio, la Universidad debió probar "la renuncia a que se refiere en los considerandos que dieron origen a los actos impugnados,

y no lo hizo, motivo por el cual, respecto del cargo de falsa motivación las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, siendo innecesario estudiar el otro cargo formulado". (folio 106).

Consiguientemente, la Agencia del Ministerio Público opina que el fallo recurrido debe revocarse y, en su lugar, proferirse uno estimatorio de las pretensiones de la actora.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Los actos impugnados, resoluciones Nos. 1357 de 1986, 013 y 460 de 1987 de la Rectoría y del Consejo Superior de la Universidad de Antioquia, dispusieron la separación de la actora del cargo de docente que desempeñaba en el Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Sociales de esa Institución (folios 2 a 9).

Al examinar las aludidas providencias se observa lo siguiente:

1) Contienen la voluntad inequívoca y expresa de desvincular a la señora LUZ STELLA NIETO HERNANDEZ del mencionado cargo.

2) En su parte motiva, además de expresarse el fundamento jurídico en esa determinación, se expusieron en forma improcedente las razones por las cuales, en concepto de la Universidad, la demandante no tendría derecho a que se le reconociera pensión de invalidez.

En efecto, en cuanto a lo primero se dice:

> "...4. Que la profesora Nieto Hernández ha estado incapacitada en el presente año por un período superior a ciento ochenta (180) días.
>
> 5. Que de acuerdo a lo establecido en el 2° inciso del Parágrafo del Artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y otras disposiciones legales, al cumplir este período el trabajador podrá ser retirado del servicio". (folio 2).

Con relación a la improcedencia de reconocerle a la actora la aludida prestación, se puntualizó:

> "1. Que la señora Luz Stella Nieto Hernández, se vinculó a la Universidad de Antioquia en calidad de Docente de tiempo completo el 16 de junio de 1976.

2. Que al momento de ingresar al Servicio Universitario padecía de luxación congénita de cadera, según consta en el examen médico de ingreso.

3. Que en el mismo examen de ingreso aparece constancia de renuncia ante la División Departamental de Antioquia del Ministerio de Trabajo, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2615 de 1946", (folio 2).

Y más adelante:

"6. Que al haber renunciado ante la División Departamental de Antioquia del Ministerio de Trabajo, a las prestaciones e indemnizaciones que se generan en la pérdida de la capacidad laboral en razón de su estado al momento de ingresar, la profesora no tiene derecho a pensión alguna.

7. Que mediante oficio del 22 de septiembre del presente año, el Jefe del Servicio Médico Departamental informa que el doctor Julio Ramiro Sanín, Médico Ortopedista, conceptúa que la afección la limita en un 90% para su trabajo de profesora.

8. Que consultada la Oficina Jurídica de la Controlaría Departamental emitió concepto contrario al reconocimiento de la pensión, mediante oficio 101625 del 16 de diciembre de 1986". (folio 3).

3) No obstante estas últimas consideraciones, en la parte resolutiva de tales actos, nada se decidió sobre el reconocimiento de la aludida prestación, pues la determinación adoptada fue:

"Artículo 1. Desvincular del servicio a la señora Luz Stella Nieto Hernández, Docente de tiempo Completo adscrita al Departamento de Antropología de la Facultad de Ciencias Sociales, a partir del 19 de diciembre de 1986.

Artículo 2. La presente Resolución debe notificarse personalmente". (folio 3).

En este orden de ideas, para establecer la juridicidad de la decisión acusada, solo es pertinente analizar los cuestionamientos de la demandante atinentes a la legalidad de su remoción, por cuanto resulta inútil detenerse a examinar los concernientes al derecho que pueda tener al reconocimiento de pensión de invalidez, del cual no se ocupó la parte resolutiva de las actos acusados. Realmente la Universidad no adoptó ninguna decisión sobre reconocimiento de pensión de invalidez.

Empero, como lo hizo notar el Tribunal, la parte actora y ahora recurrente no argumentó en contrario, ni allegó pruebas tendientes a desvirtuar

la veracidad de lo afirmado por la administración en el sentido de que por haber estado incapacitada por un período superior a 180 días, en términos del parágrafo del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 procedía su separación del servicio. De otro lado, se advierte que conforme a la certificación obrante a folio 49 y a la historia clínica de la demandante (folio 66 vuelto), a partir del 23 de junio de 1986, ésta sí estuvo incapacitada por más de 180 días.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico establece que la incapacidad para laborar que supere ese término, da lugar al retiro del respectivo funcionario del servicio, independientemente de que ello obedezca a enfermedades o perturbaciones orgánicas que aquel presente desde antes de vincularse a la administración pública.

Por ello, resultan fuera de contexto tanto los razonamientos que sobre el particular contienen las resoluciones enjuiciadas como los planteamientos de la demandante encaminados a demostrar la injuricidad de aquellos, basándose en que no renunció a ninguna prestación o indemnización por las deficiencias orgánicas que viene padeciendo desde antes de que se produjera su vinculación laboral a la Universidad de Antioquia.

Unos y otros son improcedentes tanto para fundamentar como para controvertir la decisión de retiro del servicio, Serían válidos si además del retiro de la actora, la Universidad hubiera declarado que no le reconocía pensión de invalidez, pero como se dijo, así no aconteció.

Al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de la remoción de la accionante no es viable infirmar los actos acusados; pues su motivación, es decir, la incapacidad por lapso superior a 180 días aparece demostrada en el expediente.

Consiguientemente, tampoco procede su reintegro, como se resolvió en el fallo apelado.

En lo atinente a la solicitud subsidiaria de reconocimiento de pensión de invalidez es necesario anotar, que ese derecho no se deriva de la nulidad de los actos acusados que resuelven únicamente el retiro del servicio, aun cuando erróneamente en su parte motiva mencionen tal prestación, y que tampoco está acreditado el agotamiento de la vía gubernativa; es decir, la solicitud previa a la Universidad en este sentido y la negativa expresa o tácita de ésta.

Para obtener tal prestación la actora debe solicitarla primero a la Universidad.

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 el 8 de septiembre de 1989 por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por LUZ STELLA NIETO HERNANDEZ contra la Universidad de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 18 de agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos; Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - Requisitos / **DECAIMIENTO DEL ACTO.**

De conformidad con el inciso 2o. del artículo 57 de la Constitución Política, vigente cuando fue expedida por la Directiva Presidencial, "ningún acto del presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y jefes de departamentos administrativos, " tenía valor ni fuerza alguna mientras no fuera refrendado y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el jefe del departamento administrativo correspondiente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente Nº. 4871 Resoluciones Ministeriales Actor: JOSE VICENTE YUNDA RAMOS

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por JOSE VICENTE YUNDA RAMOS contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 15 de septiembre de 1989, por medio de la cual se le negaron entre otras pretensiones la de reintegro al servicio y pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda se relata que el actor venía desempeñando el Cargo de Comandante de Guardacostas en la Dirección General de Aduanas

con rectitud, honradez, cumplimiento y eficiencia; que el señor Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, prohibió mediante la Directiva Presidencial No.. 01 de 1986, "... hacer nombramientos, remociones, traslados o ascensos de empleados públicos...", desde la fecha de su expedición hasta el 30 de mayo de 1986; que en plena vigencia de la prohibición presidencial, el Ministro de Hacienda y Crédito Público declaró la insubsistencia del nombramiento del actor.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 120, numeral 5o. y 135 de la Constitución Política, 65 de la ley 4a. de 1913, 1o. de la ley 202 de 1936, 12, literal g) del decreto 1050 de 1968 y la Directiva Presidencial No. 01 de 1986.

La explicación del concepto de la violación se hizo transcribiendo lo pertinente de las normas invocadas y se concluyó: que el Presidente de la República es la máxima autoridad administrativa de la República y a él corresponde, "en primera instancia, la competencia para designar y separar de sus destinos a los empleados públicos del orden nacional"; que el señor Presidente ha delegado en los Ministros del despacho la facultad de nombrar y separar de sus destinos a los empleados del respectivo Ministerio; que la delegación de funciones debe ejercerse según lo disponga el Presidente; que consecuentemente, cuando el Ministro aludido declaró insubsistente el nombramiento del actor, en ejercicio de la delegación de funciones que recibió del señor Presidente, no obstante existir prohibición de hacerlo conforme a la mencionada Directiva 01 de 1986, se excedió o extralimitó en el ejercicio de la delegación, lo cual vicia el acto proferido.

La sentencia apelada. Para negar las pretensiones de la demanda consideró que la Directiva Presidencial no podía suspender la ley y al efecto transcribe las partes pertinentes de una sentencia de esta Sección de 5 de septiembre de 1986, para concluir que primero debía "suspenderse la facultad de nombrar y remover que tienen los Ministros y esa suspensión no se puede hacer por una simple directiva presidencial, sino por un acto igual, o sea, por una ley o por un decreto extraordinario."

La vista fiscal. El Ministerio Público opinó que el actor era funcionario de libre nombramiento y remoción que podía ser retirado del servicio en cualquier momento y que respecto de la directiva presidencial, la Sección Segunda ha sostenido que la facultad de remover libremente a los funcionarios públicos no puede ser derogada por el Presidente, mediante un acto administrativo, dada la circunstancia de que aquella está consagrada en la ley. Consecuentemente, concluye que la sentencia apelada debe confirmarse.

CONSIDERA LA SALA

1. Lo primero que advierte la Sala, es que la Directiva Presidencial No. 01 del 22 de enero de 1986 (fls. 31 a 34), de cuyo incumplimiento hace

derivar el actor la pretendida nulidad de la resolución 1229 de 1986, es un acto administrativo.

2. Aunque la Sala no puede hacer indagación alguna respecto de la validez de la mencionada Directiva Presidencial, por no ser ella objeto de impugnación en este proceso, sí puede verificar si tal acto tiene fuerza jurídica a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

3. De conformidad con el inciso segundo del artículo 57 de la Constitución Política, vigente cuando fue expedida la Directiva Presidencial, "ningún acto del presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y jefes de departamentos administrativos," tenía valor ni fuerza alguna mientras no fuera refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el jefe del departamento administrativo correspondiente.

Como se puede observar fácilmente a folios 31 a 34, aludida Directiva solo fue suscrita por el Presidente de la República, sin que hubiera sido refrendada por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, por lo cual debe concluirse que a la luz del referido precepto constitucional, el referido acto en momento alguno tuvo fuerza jurídica, y en tales circunstancias no puede la Sala hacer el estudio necesario para establecer si tiene o no carácter normativo superior, respecto del acto acusado, como lo afirma el demandante.

4. Síguese, que en tales condiciones no resulta cierta la afirmación de la demanda en el sentido de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público excedió o extralimitó el ejercicio de la delegación que el Presidente le hizo para la remoción de los funcionarios de la citada cartera, y particularmente que hubiera habido extralimitación o exceso en el ejercicio de la delegación respecto a la remoción del actor, por no acatar la prohibición contenida en la mencionada Directiva Presidencial.

5. De otra parte, respecto a la razón que tuvo el *a-quo* para negar las pretensiones del actor, la Sala considera oportuno anotar que no es útil la jurisprudencia invocada como fundamento de su decisión, porque no se trata en este caso de la insubsistencia de un empleado cuya remoción le hubiera asignado la ley al Ministro. Pues como quedó visto, tal competencia había sido delegada por el Presidente en los Ministros; vale decir, que ellos no tenían dicha facultad por asignación directa de la ley, sino por delegación de la autoridad nominadora; por esta razón, al no tratarse en el caso *sub-judice* de un funcionario cuyo nombramiento y remoción corresponda por mandato de la ley a una autoridad diferente al Presidente de la República, mal puede concluirse que sea pertinente la jurisprudencia de esta Sección que cita el Tribunal y a la cual se refiere el Ministerio Público, aunque tal conclusión, como ya se vio, no le sea útil al demandante.

6. Por ello, aunque por razones diferentes, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal de primera instancia.

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 Bolívar el 15 de septiembre de 1989, en el proceso promovido por JOSE VICENTE YUNDA RAMOS.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, aclara voto; *Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - Validez / (Aclaración de Voto).

El artículo 57 de la Carta se refiere a los actos de gobierno que como tales, constituyen fuente de derecho, y la directiva presidencial, es simplemente una instrucción de servicio, pues sólo contiene indicaciones del superior jerárquico a sus subordinados sobre la manera imparcial como deben actuar en la época previa al debate electoral. Su validez jurídica por tanto, no depende de la refrendación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo como erróneamente, en mi sentir, lo afirma la sentencia, sino de la potestad jerárquica de quien la emite, evidente en este caso, como quiera que es el Presidente de la República la suprema autoridad administrativa. Pero como no obstante la validez de la directiva, ésta no es fuente de derecho, el acto que se causa por haberse apartado de sus indicaciones, no puede declararse violatorio de norma superior como lo pretende la demanda.

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santa Fe de Bogotá D. C., Septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor: Joaquín Barreto Ruiz*

REF : Expediente No. 4871 Resoluciones Ministeriales Apelación Sentencia

Actor: JOSE VICENTE YUNDA RAMOS

Por compartir la decisión de la sentencia pero no su motivación, considero necesario aclarar la razón de haberla votado afirmativamente.

Consideró el fallo que al tenor del inciso segundo del artículo 57 de la Constitución Política de 1886, la directiva presidencial de cuyo incumplimiento se hace derivar la nulidad del acto demandado, por no estar refrendada por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, carece de fuerza jurídica y en tales circunstancias "no puede la Sala hacer el estudio necesario. para establecer si tiene o no carácter normativo superior, respecto del acto acusado, como lo afirma el demandante."

Con todo respecto esta apreciación me parece equivocada, porque el artículo 57 de la Carta se refiere a los actos de gobierno que como tales, constituyen fuente de derecho, y la directiva presidencial que obra a folios 31 a 34 del expediente, es simplemente una instrucción de servicio, pues sólo contiene indicaciones del superior jerárquico a sus subordinados sobre la manera imparcial como deben actuar en la época previa al debate electoral de marzo y mayo de 1986. Su validez jurídica por tanto, no depende de la refrendación del Ministro o Jefe de Departamento Administrativo como erróneamente, es mi sentir, lo afirma la sentencia, sino de la potestad jerárquico de quien la emite, evidente en este caso, como quiera que es el Presidente de la República la suprema autoridad administrativa.

Pero como no obstante la validez de la directiva, ésta no es fuente de derecho, el acto que se acusa por haberse apartado de sus indicaciones, no puede declararse violatorio de norma superior como lo pretende la demanda.

Como bien lo señala el tratadista Sayagués Laso,

"Si las instrucciones de servicio no son actos jurídicos, sino simplemente un procedimiento interno para coordinar la acción de la administración, no cabe entablar contra ellas el recurso contencioso de anulación que existe en algunos países. Por igual razón el acto realizado por el funcionario apartándose de la instrucción de servicio, no es nulo por esa sola circunstancia, aunque de ahí pueda derivarse una sanción disciplinaria para aquel."

Atentamente;

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DEMANDA / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Para cada demandante la administración profirió un acto administrativo de nombramiento de su reemplazo, y esa circunstancia determina que el acto jurídico desvinculante no sea el mismo, independientemente de que hayan sido expedidos por el mismo, funcionario y de que presuntamente adolezcan de iguales vicios. Por lo tanto, la causa de las presentaciones de nulidad y restablecimiento del derecho, no es la misma. Tampoco se presenta la identidad de objeto en las pretensiones, por cuanto lo que cada uno de ellos persigue - su empleo y los haberes dejados de percibir - tampoco son comunes; igualmente, no se hallan aquellas en relación de dependencia, ni deben servirse de las mismas pruebas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente N°.4877 Autoridades Departamentales.
Actor: Rodrigo Bula Hoyos y Otros.

1. No se tiene en cuenta el memorial de renuncia y sustitución del poder de folio 145, debido a que el respectivo abogado no se le ha reconocido personería.

2. Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por los demandantes Rodrigo Bula Hoyos, Carlos Martínez Jiménez y Miguel Zárate Castro contra la sentencia inhibitoria proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 30 de noviembre de 1989, por haberse incurrido en indebida acumulación de pretensiones.

Los demandantes aspiran a que se declare la nulidad de las resoluciones números 3069, 3070 y 3071 que respectivamente nombraron a determinadas personas para ocupar los empleos que venían desempeñando en el Servicio Seccional de Salud de Córdoba y a que se les reintegre al empleo que cada uno de ellos venía desempeñando y se les paguen los haberes dejados de percibir.

Los hechos, las normas violadas y el concepto de violación fueron expuesto a folios 2 a 5 de los autos.

LA SENTENCIA APELADA

Tuvo en cuenta el Tribunal que con arreglo a los mandatos del artículo 82 del C. de P. C: no se daban los requisitos de tener las pretensiones identidad de causa, o identidad de objeto, o hallarse entre sí en relación de dependencia o tener que servirse de las mismas pruebas, para que la acumulación de pretensiones de los varios demandantes fuere viable; y al efecto, se transcriben apartes doctrinales y de una sentencia de esta Sala.

LA VISTA FISCAL

El Ministerio Público opinó que la sentencia apelada debe ser confirmada por razones coincidentes con las del Tribunal de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. De los requisitos arriba mencionados, exigidos para que proceda la acumulación de pretensiones según el artículo 82 del C. de P. C., la parte demandante alega que se presenta la identidad de causa porque todos los demandantes fueron desvinculados mediante la figura de la insubsistencia automática consagrada en el artículo 107 del decreto 1950 de 1973; que además las insubsistencias violaron los decretos 056, 350 y 694 de 1975, por no haberse citado a la Junta Seccional de Salud al representante del Ministro de Salud y al representante de las facultades de medicina de la región; que igualmente, las resoluciones acusadas fueron dictadas por el Jefe del Servicio de Salud sin ser competente para ello, no por el Presidente y el Secretario de la Junta, a quienes corresponde hacerlo.

Al respecto, la Sala observa que la parte recurrente no tiene razón en su planteamiento, a la luz del artículo 82 del C. de P. C., aplicable al caso. En efecto, la identidad de causa no se configura porque para los distintos demandantes respecto de su demandado se presente una misma categoría jurídica, en este caso la insubsistencia tácita; pues si ello fuera así, a la luz de tal precepto podrían acumularse en una misma demanda las acciones de todos los funcionarios, de distinto orden, que en determinado territorio hubieran sido desvinculados de esa manera, sólo porque se utilizó para ello una misma modalidad jurídica.

En el presente caso, para cada demandante la administración profirió un acto administrativo de nombramiento de su reemplazo, y esa circunstancia determina que el acto jurídico desvinculante no sea el mismo, independientemente de que hayan sido expedidos por el mismo funcionario y de que presuntamente adolezcan de iguales vicios.

Por lo tanto, la causa de las pretensiones de nulidad y de restablecimiento del derecho, no es la misma.

2a. Alternativamente, tampoco se presenta la identidad de objeto en las pretensiones, por cuanto lo que cada uno de ellos persigue - su empleo y los haberes dejados de percibir - tampoco son comunes; igualmente, no se hallan aquellas en relación de dependencia, ni deben servirse de las mismas pruebas.

Por lo que la Sala confirmará, sin mas consideraciones, 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 Córdoba el 30 de noviembre de 1989, en el proceso promovido por los señores Rodrigo Bula Hoyos, Carlos Martínez Jiménez y Miguel Zárate Castro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 18 de agosto de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Ineptitud/**ACTO GENERAL/ACTO PARTICULAR**

Al demandante le era imperativo, para obtener la declaración de nulidad de la precitada resolución 35075, lograr en primer término una declaración judicial de inaplicabilidad o de nulidad de aquellos actos administrativos de contenido general, como a bien lo tuviera. Al respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corporación, sobre la forma como deben accionar quien pretende la nulidad de un acto administrativo particular, derivado de otro general que el actor también considera contrario a derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 4955. Autoridades Departamentales Actor: Reynaldo Múnera González

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de Noviembre 9 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que le negó las súplicas de la demanda.

La parte fáctica de esta acción (fls. 27 a 33), señala que la ordenanza primera de 1967, creó en su artículo 15 el cargo de supervisor docente, en reemplazo del antiguo cargo de visitador de educación, ello en el Departamento de Antioquia, y como tal, fue designado el ahora demandante. Dice este

acápite, que los supervisores son dependientes de la Secretaría de Educación y Cultura de este Departamento, y por ende, nunca han estado adscritos a los planteles educativos del mismo. Así los encontró la Ley 43 de 1975 que ordenó la nacionalización de la educación primaria y secundaria, lo cual no obstante, el "Legislador Departamental" (sic) reorganizó la precitada Secretaría de Educación y reglamentó los cargos de supervisores docentes, fijándoles su ubicación en el esquema administrativo y determinándoles sus funciones mediante el Decreto 1022 de 1979, amén de otros decretos posteriores que tratan de tales funcionarios y quienes son pagos con fondos departamentales por fuera del FER. Todo ello, fue posible por ser los supervisores, empleados del orden departamental.

Continúa la relación de hechos, señalando que el proceso de nacionalización culminó el 31 de Diciembre de 1980 y que, con posterioridad a él, la misma legislación departamental vuelve a ocuparse de los supervisores docentes. Al momento de la nacionalización, funcionaban ya como una dependencia del Ministerio de Educación Nacional, los Fondos Educativos Regionales, a los cuales se les atribuyó la facultad de administrar los recursos económicos que este proceso de nacionalización demandaba; dentro del cumplimiento de sus funciones, el Fondo Educativo Regional de Antioquia hubo de proferir resoluciones a manera de acuerdos, y como tal, a todo el personal docente adscrito a los planteles educativos, se le ha pagado sus salarios y prestaciones con los fondos públicos que los FER tienen en administración, y como tal, a partir de 1983 a los supervisores docentes se les viene incluyendo en tales acuerdos, para ser considerados como empleados del orden nacional, sin serlo.

No obstante los decretos reglamentarios de la Ley de nacionalización expedidos por el Gobierno Nacional, la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Antioquia, sin que se expidiera ninguna nueva disposición que convirtiera a los supervisores docentes en empleados del orden nacional, tomó la determinación de incluir a tales supervisores como parte integrante de la planta de cargos del personal docente en los planteles educativos nacionalizados del FER de Antioquia, lo que llevó a efecto mediante el Acuerdo No. 002 de Enero 14 de 1983, en concordancia con el Acuerdo No. 002-bis de Febrero 28 del mismo año, los que llevan el visto bueno del Ministro de Educación Nacional.

La inclusión de los Supervisores Docentes en los planteles de educación nacionalizados por el FER de Antioquia, no fue la consecuencia de un mandato legal nuevo, sino que su Junta Directiva lo llevó a efecto de hecho, y ello es claramente violatorio del orden legal establecido y de las normas legales que regularon la nacionalización de la Educación y de los derechos mismos de los Supervisores Docentes. Hay pues, protuberante incongruencia en los mencionados acuerdos del FER, concluyéndose que la situación es insostenible, pues este proceder arbitrario del FER, le trajo a los supervisores docentes un

cambio fundamental en las condiciones de trabajo, y sus derechos laborales y prestaciones sociales fueron disminuidos y sus garantías perdidas como empleados del orden departamental.

En junio de 1985 el actor reclamó de la administración departamental el reconocimiento y pago de las sumas de dinero por él devengadas desde 1983, con deducción de las que le fueron reconocidas y pagadas por el Fondo Educativo Regional de Antioquia, por concepto de sueldos y prestaciones causadas en su favor. Mediante Resolución No. 35075 del 27 de Marzo de 1987, cuya anulación se pretende, la administración departamental le negó su solicitud y declaró terminada la vía gubernativa, concluye la parte fáctica.

Por su parte, el Tribunal del conocimiento consideró en el fallo recurrido, lo siguiente:

La pretensión del actor tiene por objeto que le sean reconocidas y pagadas las sumas de dinero causadas en su favor, por concepto de salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones, a partir de 1983, con deducción de las sumas que él hubiere percibido por los mismos conceptos durante el tiempo indicado, al considerar que es empleado del orden Departamental.

Reitera el a-quo que éste es un tema ya estudiado por el Tribunal en oportunidades anteriores, en las que ha dicho que los supervisores ostentan la naturaleza de docentes, ello a la luz del artículo 2o. del Decreto 2277 de 1979, que preceptúa: "Las personas que ejercen la profesión docente se determinan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente, el ejercicio de la enseñanza en los planteles oficiales y no oficiales en los distintos niveles de que trata este decreto. Igualmente, incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles *educativos de supervisión e inspección escolar*, de programación y capacitación educativa..."

De la documental allegada al proceso, dice el Tribunal, se prueba que los supervisores docentes ejercen sus funciones tanto en la educación primaria como en la secundaria, y que es posible que la legislación departamental los haya tratado como empleados del orden departamental, pero ello no significa que no tengan el carácter de docentes nacionales, pues ni la ordenanza ni el decreto que así los haya reconocido, pueden prevalecer contra la Ley, en este caso, la Ley 43 de 1975, cuyo artículo 1o. consagra que "la educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio a cargo de la Nación".

No es técnico, ni apropiado, ni viable, nacionalizar un plantel. Se nacionaliza el servicio, con todos los empleados y las funciones que de él hacen parte. El Departamento de Antioquia no está obligado a reconocer y pagar suma alguna de dinero causada a favor del actor por concepto de salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones, a partir de 1983, porque para esa

época el cargo de supervisor docente ya estaba enmarcado dentro de las leyes que regulan la nacionalización, razón por la cual el Departamento no es responsable de dichas prestaciones, concluye diciendo el Tribunal en sus consideraciones.

Como razones de inconformidad con la sentencia recurrida, se exponen las siguientes (fls. 141 a 145):

El Tribunal sentenciador hizo una deficiente apreciación de la cuestión en litigio, de las peticiones de la demanda y de las pruebas aducidas por el demandante. El objeto fundamental del litigio, es el de determinar si aquel es empleado del orden departamental o nacional, toda vez que la nacionalización de la educación no fue total y absoluta, ello en razón del mandato de la Ley 43 de 1975. Los directivos docentes en general y los supervisores docentes en particular, jamás han estado en los planteles ni adscritos a ellos, y no pueden considerarse comprendidos en la nacionalización de la educación, por lo que continúan siendo empleados del orden departamental. Los cargos de supervisores docentes, no pueden ser del orden nacional, sino única y exclusivamente del orden departamental, porque fueron creados contra expresa prohibición legal, contenida en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, conforme al Decreto Departamental 0697 de 1981. Finaliza diciendo el recurrente, que las pretensiones del actor para que se le declare empleado del orden departamental, tienen amplia fundamentación en la Ley, y por tanto, ellas han debido ser acogidas.

De otro lado, la Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, ha dicho en su concepto rendido el 13 de Julio de 1990 (fls. 209 y 210), lo siguiente:

La pretensión del actor en el sentido de que por el Departamento de Antioquia se le reconozca y paguen salarios, primas y vacaciones por concepto de servicios docentes prestados a dicha entidad, ya ha tenido en casos similares, acertada evaluación por parte del H. Consejo de Estado. Para el efecto, esta Agencia del Ministerio Público cita la transcripción hecha por el a-quo a folio 138, y que dice:

> "Con base en la anterior definición general, el artículo 32 del mismo decreto -hace mención del Decreto 2277 de 1979- establece que, "tienen el carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos que señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes: a.- Director de Escuela o concentración escolar; b.- Coordinador o prefecto de establecimiento; c.- Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media; d.- Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos; e.- Supervisor o inspector de educación... La claridad de las anteriores normas no deja duda en cuanto a que determinados cargos administrativos en la vida docente no pueden ser asimilados a los que comúnmente se

llaman así en la función pública, porque no son actividades desligadas de la función a la cual se pretende servir, es decir, a la docente, pues como lo establece el artículo transcrito, tales cargos deben ser ocupados no solamente por docentes sino por docentes calificados como son los escalafonados...".

Y finaliza diciendo el Ministerio Público, que al concluir el Tribunal que el Departamento de Antioquia no está obligado a reconocer y pagar sumas de dinero causadas en favor del actor por concepto de salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones, a partir de 1983, porque para esa época el cargo de supervisor docente ya estaba enmarcado dentro de las leyes de la nacionalización, dicha agencia fiscal comparte sin reservas el criterio consignado en los párrafos transcritos, considerando que el fallo apelado amerita confirmación.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, a ello se procede previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1a.- Revisado el libelo demandatorio, se observa que se ha impetrado la nulidad de la Resolución No. 35075 del 27 de Marzo de 1987, por medio de la cual la Gobernación de Antioquia mantuvo la decisión ficta de no reconocer el actor las diferencias entre las sumas recibidas por concepto de sueldos, primas y vacaciones causadas en su favor, y las que por iguales conceptos dice tener derecho a percibir del Departamento, en su calidad de empleado público del orden Departamental.

2a.- Sin embargo, del estudio integral de la demanda se desprende sin lugar a equívocos, que la impugnación de la Resolución arriba señalada, se plantea cuestionando la juridicidad de los actos administrativos expedidos por el Fondo Educativo Regional de Antioquia y el Ministerio de Educación Nacional, Acuerdos Nos. 002 de enero 14 de 1983 y 002-bis de Febrero 28 del mismo año, que dispusieron la nacionalización de los cargos de Supervisores Docentes existentes en esta entidad territorial.

3a.- Para la Sala es evidente que la Resolución 35075 acusada, tiene como fundamento jurídico dichos actos administrativos, los que no son objeto de impugnación en este proceso y cuya presunción de legalidad le impide a cualquier persona, incluido el Juez Contencioso Administrativo, tenerlos como inconformes con el ordenamiento jurídico.

4a.- De ahí pues, que al demandante le era imperativo, para obtener la declaración de nulidad de la precitada resolución 35075, lograr en primer término una declaración judicial de inaplicabilidad o de nulidad de aquellos actos administrativos de contenido general, como a bien lo tuviera. Al respecto,

es abundante la jurisprudencia de la Corporación, sobre la forma como debe accionar quien pretende la nulidad de un acto administrativo particular, derivado de otro general que el actor también considera contrario a derecho.

5a.- En consecuencia, la demanda no es apta *sustancialmente* para obtener la anulación del acto acusado y por ello la Sala revocará la sentencia impartida por el Juez de primera instancia, y en su lugar declarará la inhibición para un pronunciamiento de fondo

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 de Noviembre 9 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por Reynaldo Múnera González, y en su lugar, se declara la inhibición para un pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PERSONAL MILITAR/PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento

A la luz de la normatividad vigente cuando el demandante salió del servicio, o sean el Decreto 2337 de 1971 y los Decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968, no existen elementos precisos para determinar con qué porcentaje de pérdida de la capacidad laboral debía causarse la pensión de invalidez. Por ello, le correspondió a la jurisprudencia de la Sección, tomando como referencia el régimen prestacional contenido en el Decreto Extraordinario 3135 de 1968, sentar un criterio sobre el particular, habiendo determinado que la pérdida de la capacidad laboral en el 75% o en un porcentaje aproximado a él, daba derecho a pensión de invalidez. Posteriormente precisó aún mas dicho criterio con fundamento en las tablas del Decreto 382 de 1968, y dijo en definitiva, que cuando el militar exhibía un índice de lesión mínimo de 18%, se causaba ese derecho. Cuando el demandante salió del servicio por incapacidad tenía 31 años de edad y según la tabla A del Decreto 382 de 1968, tenía un índice de lesión 18%, entonces debe concluirse que le determinaba una pérdida de la capacidad laboral del 75%, conforme a la jurisprudencia de la Sala, grado de lesión que le daba derecho a la pensión de invalidez. En tales condiciones, el reconocimiento hecho por el Tribunal de primera instancia debe ser confirmado, lo mismo que la sustitución del derecho a la viuda e hijas menores del actor, por haber fallecido con posterioridad a la presentación de la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 5042 Resoluciones Ministeriales. Actor: Rubén Darío Hernández Abella

Conoce la Sala del grado de jurisdicción denominado consulta, respecto a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1990 por medio de la cual reconoció a la viuda y a sus menores hijos del ex-suboficial técnico primero de la Fuerza Aérea RUBEN DARIO HERNANDEZ ABELLA, el derecho a sustituirlo en la pensión de invalidez que en sustitución de la asignación de retiro ordenó pagar. La sentencia negó el reajuste de la indemnización por invalidez.

En los hechos de la demanda se relató que el demandante RUBEN DARIO HERNANDEZ ABELLA, ingresó al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana como suboficial y, que encontrándose en servicio, se incapacitó en forma absoluta y permanente, pues luego de largo tratamiento quedó con un cuadro síquico de naturaleza depresiva endógena, que fue clasificado y evaluado por la Junta y Consejo Técnico Médico Militar, con el numeral 2-030 d) e índice de lesión 18, conforme a los decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968; que dicha incapacidad le determinó su retiro de las fuerzas militares a partir del 16 de agosto de 1976, habiéndosele reconocido asignación de retiro por la correspondiente Caja de Sueldos; que en la vía gubernativa se solicitó la sustitución de esta prestación por la pensión de invalidez y reajuste de la indemnización, habiendo guardado silencio la administración.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 17 y 169 de la Constitución Política, 9o. del Código Sustantivo del Trabajo, los decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968 y los artículos 133 y 134 del decreto extraordinario 2337 de 1971.

El concepto de la violación de las normas se expuso ampliamente a folios 13 a 17.

La sentencia consultada. Para conocer la pensión de invalidez y, además sustituir la asignación de retiro por ella, tuvo en cuenta el Tribunal la jurisprudencia de esta Sección del 4 de septiembre de 1978, que transcribió en lo pertinente.

La vista Fiscal. Opinó que el Tribunal había actuado atinadamente al calificar la incapacidad del demandante como absoluta y permanente, desvirtuándose la calificación que la Sanidad Militar había efectuado. Se refirió, igualmente, al punto del reajuste de la indemnización, respecto del cual fue del parecer que no podía prosperar.

LA SALA CONSIDERA

1. Teniendo en cuenta que la consulta se entiende siempre interpuesta en favor de la entidad pública contra la cual se ha proferido la sentencia respectiva, para la Sala es evidente que sólo deberá estudiar lo desfavorable a la parte demandada, o sea la condena por concepto de la pensión de invalidez impuesta por el Tribunal.

2. Advierte la Sala igualmente, que a la luz de la normatividad vigente cuando el demandante salió del servicio, o sean el decreto 2337 de 1971 y los decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968, no existen elementos precisos para determinar con qué porcentaje de pérdida de la capacidad laboral debía causarse la pensión de invalidez. Por ello, le correspondió a la jurisprudencia de la Sección, tomando como referencia el régimen prestacional contenido en el decreto extraordinario 3135 de 1968, sentar un criterio sobre el particular, habiendo determinado que la pérdida de la capacidad laboral en el 75% o en un porcentaje aproximado a él, daba derecho a pensión de invalidez. Posteriormente precisó aún mas dicho criterio con fundamento en las tablas del decreto 382 de 1968, y dijo en definitiva, que cuando el militar exhibía un índice de lesión mínimo de 18, se causaba ese derecho.

Desde luego, que esa jurisprudencia sirve de marco jurídico a los casos, como el presente, anteriores a la vigencia del decreto extraordinario 1836 de 1979, cuyos artículos 60 a 62, fijan criterios similares a los del decreto 3135 de 1968, para la causación del derecho a la pensión que se estudia.

Entonces, verificado por la Sala que cuando el demandante salió del servicio por incapacidad (fl. 4), tenía 31 años de edad (fl. 56), y que según la tabla A del decreto 382 de 1968, tenía un índice de lesión 18, debe concluirse que le determinaba una pérdida de la capacidad laboral del 75%, conforme a la jurisprudencia de la Sala, grado de lesión que le daba derecho a la pensión de invalidez.

En tales condiciones, el reconocimiento hecho por el Tribunal de primera instancia debe ser confirmado, lo mismo que la sustitución del derecho a la viuda e hijas menores del actor, por haber este fallecido con posterioridad a la presentación 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:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1990, en el proceso promovido por RUBEN DARIO HERNANDEZ ABELLA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

COMISION DE SERVICIOS/ENCARGO/VIATICOS-Improcedencia

Mientras que en la comisión, el funcionario ejerce "funciones propias" del cargo del que es titular pero en "lugares diferentes a su sede habitual" como acontece cuando se comisiona a un funcionario para que adelante una investigación disciplinaria en un sitio diferente a su sede de trabajo o a un abogado para que intervenga en un proceso judicial fuera de su sede, en el encargo se asumen funciones de otro empleo vacante, del cual debe tomarse posesión. De tal manera que no puede confundirse el "encargo" que es una forma de provisión de empleos con la "comisión de servicios" que es el propio ejercicio del empleo en lugares diferentes a la sede del cargo, por un tiempo limitado, nunca de carácter permanente pues lo prohibe el artículo 80 del Decreto 1950 de 1973. No tratándose de una comisión de servicios, el accionante no tenía derecho a percibir viáticos pues estos emolumentos están previstos para la comisión de servicios, según lo dispone el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3526 Recurso de Apelación. Resoluciones Ministeriales Actor :Edgardo A. Insignares Carrol.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de mayo de 1987 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Nariño, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES:

Edgardo Insignares Carrol, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad de la Resolución No. 002456 de julio 15 de 1986, por la cual la Dirección General de Aduanas negó el reconocimiento y pago de unos viáticos e igualmente, pidió el pago de éstos a título de restablecimiento del derecho. (fl.1).

El *a-quo* en el fallo recurrido, denegó las pretensiones de la demanda por considerar que el accionante no tenía derecho a los viáticos solicitados. Precisó el Tribunal la diferencia entre "comisión" y "encargo" y concluyó que como el demandante ejerció el cargo a título de "encargo" no tenía derecho a percibir viáticos como sí lo hubiera tenido de haber estado en comisión de servicios. (fls. 56-63).

El apelante al sustentar el recurso, insiste en que a pesar de que en el acto administrativo se habló de encargo y se omitió la palabra "comisión", el hecho de que hubiera desempeñado las funciones fuera de la sede habitual del cargo de que era titular, indica que se trataba de una comisión y que por ello tiene derecho a percibir viáticos. (fl. 66-68).

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que debe confirmarse la sentencia apelada puesto que: "no hay duda que en el presente caso lo que se presentó fue un encargo, entendido éste como la situación administrativa en que se puede encontrar un empleado vinculado regularmente a la administración, cuando por falta absoluta o temporal de otro, se le vincula al empleo que este último venía desempeñando". (fl.90).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Según obra en el expediente, al actor se le encargó de las funciones de Administrador de Aduanas de Ipiales, por Resolución No. 02519 de agosto 14 de 1985 y en el mismo acto se encargó a otra persona de las funciones de Administrador de Aduanas de Pereira, empleo que ejercía el accionante (fl.8); igualmente consta que el accionante se posesionó del cargo de Administrador de Aduanas de Ipiales. (fl.9).

El artículo 34 del decreto 1950 de 1973 dice que "hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir total a parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo".

Por su parte, el artículo 75 del decreto 1950 de 1973 dispone que:

"El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular".

Es evidente que se trata de dos figuras diferentes pues mientras que en la comisión, el funcionario ejerce "funciones propias" del cargo del que es titular pero en "lugares diferentes a su sede habitual" como acontece cuando se comisiona a un funcionario para que adelante una investigación disciplinaria en un sitio diferente a su sede de trabajo o a un abogado para que intervenga en un proceso judicial fuera de su sede, en el encargo se asumen funciones de otro empleo vacante, del cual debe tomarse posesión.

De tal manera que no puede confundirse el "encargo" que es una forma de provisión de empleos, con la "comisión de servicios" que es el propio ejercicio del empleo en lugares diferentes a la sede del cargo, por un tiempo limitado, nunca de carácter permanente pues lo prohibe el artículo 80 del Decreto 1950 de 1973.

En el sub-exámine es claro que si en el acto administrativo atacado se dispuso "encargar" al accionante del empleo de Administrador de Aduanas de Ipiales, desvinculándolo de las funciones propias de su cargo y fue en Ipiales en donde, previa posesión, desempeñó las nuevas funciones, no se puede afirmar que se trató de una comisión de servicios que como ya se precisó se refiere al ejercicio de funciones propias en sede diferente a la habitual del cargo que se ejerce.

Y no tratándose de una comisión de servicios como bien lo dijo el Tribunal, el accionante no tenía derecho a percibir viáticos pues estos emolumentos están previstos para la comisión de servicios, según lo dispone el artículo 61 del decreto 1042 de 1978.

El hecho de que esa situación administrativa se hubiere prorrogado por un término superior a tres meses, evidentemente es irregular, pues no tratándose de una vacancia temporal, vencido este plazo el empleo debió proveerse en forma definitiva.

En forma inexplicable, que la Sala debe censurar, la Administración desconociendo la normatividad que rige la provisión de empleos, acudió a la figura del encargo, que es temporal, para efectuar lo que en realidad fue un traslado, figura de provisión definitiva.

Sin embargo, como el acto de "encargo" no es objeto de examen en este proceso, no cabe pronunciamiento alguno al respecto y en tal virtud habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en este proceso.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y dos. (1992).-

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

Eneida Wadnipar Ramos;, Secretaria

HUELGA-Declaratoria/TERMINO LEGAL/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

Si el artículo 450 del C.S.T. otorgó un término de dos meses a partir de la finalización de la conciliación para declarar válidamente de huelga y en este punto no fue derogado ni modificado por la Ley 39 de 1985, el Decreto Reglamentario no podía establecer un término diferente para tomar la decisión de ir a la huelga, que es lo mismo que declararla. Por otra parte el hecho de que el reglamento, para contar el término, parta de la terminación de la etapa de mediación, no significa que se trata de un plazo diferente al del literal e) del artículo 450 del C.S.T. que se cuenta a partir de la finalización de la conciliación, toda vez que la nueva figura de la "mediación" reemplazó la anterior "conciliación" disponiendo la intervención del Ministerio de Trabajo en sustitución de los conciliadores designados por las partes de la anterior legislación. DECLARA LA NULIDAD del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986 expedido por el Gobierno Nacional en cuanto dispuso que en el caso que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría de los trabajadores de las respectivas empresas o establecimientos, no podrán declarar la huelga, y la nulidad del inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986, en la parte que dice: "dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3682 Acción de Nulidad. Actor: Armando Novoa García

El ciudadano Armando Novoa García en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación:

" 1o. Que se declare la nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario No. 477 del 1o. de febrero de 1986, en el aparte que aparece subrayado y que dice lo siguiente :

En el caso de que los trabajadores pertenecientes al Sindicato o Sindicatos directamente comprometidos en el conflicto no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores pertenecientes (sic) de las empresas o establecimientos respectivos, *no podrán declarar la huelga....*"

2o. Que se decrete la nulidad del inciso 3o. del artículo 1o. del mismo Decreto, en el aparte que dice así y que igualmente se resalta:

"La huelga o la solicitud del Tribunal de Arbitramento serán decididas *dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de Mediación.....*" (fl.4).

Los HECHOS fundamentales de la acción se relatan así:

1o. El Gobierno Nacional representado por el Señor Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, expidió el día 11 de febrero de 1986, el Decreto Reglamentario No. 477 por medio del cual se precisaron algunos aspectos de la ley 39 de 1985 relativa al proceso de la negociación colectiva de trabajo.

2o. Esta ley, sancionada el 5 de febrero de 1985, modificó el procedimiento de negociación colectiva, redujo sus términos y legisló sobre aspectos relacionados con el ejercicio del derecho de huelga".

3o. Al expedir el Decreto Reglamentario 477, el Ejecutivo estableció ciertas restricciones al ejercicio de ese derecho y, lo prohibió para otros, al condicionarlo a la existencia previa de unas determinadas mayorías, no previstas en la disposición reglamentada (artículo 9o. de la ley 39), ni en la propia Constitución Nacional. (fl.5).

Se invocaron como disposiciones violadas, con respecto a la primera petición, los artículos 18, 55, 76 numerales 1 y 2 de la Constitución de 1886; artículo 9o. de la ley 39 de 1985; artículo 3o. de la ley 26 de 1976, aprobatoria

del Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) y artículos 10 y 12 del Código Sustantivo del Trabajo. Con relación a la segunda solicitud, se citaron como contrariados los artículos 18, 55, 76 numerales 1o. y 2o, artículo 120 numeral 3o. de la Constitución de 1886; artículo 450 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo (ley 141 de 1961); artículos 71 y 72 del Código Civil y 3o. de la ley 153 de 1887.

El concepto de violación con respecto a la primera petición la hace consistir el accionante en que el artículo 18 de la Constitución de 1886 elevó a precepto constitucional el derecho de huelga y delegó a la ley su reglamentación. Por consiguiente, el ejecutivo no puede usar la facultad prevista en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución para reglamentar aspectos esenciales del derecho de huelga. Dice el demandante que el artículo 9o. de la ley 39 de 1985 dispuso que son "los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" los que integran la asamblea general de trabajadores que debe decidir si se opta por la declaratoria de huelga o la convocatoria del Tribunal de arbitramento, modificando el criterio de "mayorías" consagrado en la legislación anterior, en tanto que el decreto al disponer que sólo el sindicato mayoritario puede declarar la huelga, restringió el derecho de los trabajadores comprometidos en el conflicto que bien pueden pertenecer a sindicatos minoritarios. Que si de acuerdo con la ley el derecho de huelga es un derecho de los trabajadores con la sola condición de que estén directamente interesados en la negociación colectiva y se derogaron todas aquellas disposiciones que condicionaban el derecho de huelga a la existencia previa de determinadas "mayorías", el reglamento al consignar nuevamente el concepto de "mayorías" viola el precepto anotado y quebranta tanto el artículo 18 de la Constitución de 1886, como el propio artículo 9o. de la ley 39 de 1985.

Por la misma razón estima que el decreto reglamentario infringe el artículo 3o. de la ley 26 de 1976 aprobatoria del Convenio 87 de la O.I.T. en lo relativo a la libertad sindical y a la protección de los derechos sindicales. Además afirma que se violaron los artículos 10 y 12 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero en cuanto establece el principio de igualdad de los trabajadores frente a la ley y el segundo, que consagra el derecho de asociación y de huelga.

Con relación a la segunda pretensión, la nulidad del inciso 3o. del artículo 1o. del mismo decreto reglamentario, dice el accionante que tal reglamento modificó el literal e) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo que establece un término de dos (2) meses a partir del momento en que termine la etapa de conciliación para que la asamblea de trabajadores decida entre la huelga y el Tribunal de arbitramento, pues la norma impugnada limitó este término a diez (10) días hábiles desde la terminación de esa etapa, infringiendo el artículo 18 de la constitución de 1886. Dice que el término anterior no fue derogado ni expresa ni tácitamente por la nueva ley como tampoco lo

relacionado con la etapa de conciliación y por ello el término previsto en el artículo 450 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra vigente y el Decreto Reglamentario no podía modificarlo. (fls 5 - 119).

Solicitada la suspensión provisional del inciso 2o. del artículo 1o. del decreto 477 de 1986, fue negada por auto de 14 de septiembre de 1988 (fls. 14-17)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación rinde su concepto manifestando que debe negarse la pretensión de nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto demandado y accederse a la nulidad del inciso 3o. del mismo artículo, opinión que sustenta así:

> " A lo pretranscrito sólo agregamos que aún en este momento procesal, propicio para profundizar en el tema, conserva su validez la conclusión en el sentido de que la norma reglamentaria expresa, con construcción gramatical distinta, el mismo concepto jurídico-aritmético de mayoría absoluta referido a la declaratoria o no de la huelga, contenido en la norma materia de reglamentación.
>
> En cuanto al cargo formulado contra el inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto Reglamentario en cita, consideramos que el término de dos (2) meses después de culminada la conciliación que el literal e) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, fija como término legal máximo para declarar la huelga no podía válidamente ser sustituido por el término de diez (10) que señala la norma atacada, que por no tener rango de ley, carece de aptitud constitucional para reglamentar el derecho de huelga: pues en efecto, el artículo 18 de la Carta difiere a la ley ese cometido. Por tan sencilla razón, el cargo que nos ocupa está llamado a prosperar, así en la codificación, de "Legis" por ejemplo, erróneamente se le atribuya el cambio de término a la ley 39 de 1985, lo que no es cierto." (fls.49-50).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1o. *Nulidad del inciso segundo del artículo 1o. del Decreto 477 de 1986.*

La historia legislativa sobre la facultad de los trabajadores para declarar una huelga puede resumirse, así:

la ley 6a. de 1945, artículo 55, literal d) la otorgó a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, o del sindicato a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajadores.

Posteriormente el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "la declaración de la huelga requiere que sea aprobada en votación secreta por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o establecimiento, o de la asamblea general del sindicato de base a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajadores".

El artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 modificó el mencionado artículo 444, manteniendo el criterio de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o del sindicato o sindicatos mayoritarios pero sin excluir a sindicatos diferentes a los de base.

Por su parte, el artículo 9 de la ley 39 de 1985 dispuso:

"Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiere logrado acuerdo, se realizará una asamblea general de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un tribunal de arbitramento" (se destaca).

Es fácil apreciar que la frase utilizada por esta última norma "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" introdujo una modificación sustancial a la legislación anterior, ya que la facultad decisoria de la huelga que anteriormente correspondía a la "mayoría de los trabajadores" de la empresa, bien porque fuera votada por la mayoría absoluta de los trabajadores no organizados o porque fuera decidida por el sindicato que agrupará a la mayoría de los trabajadores, pasó a ser de los "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" sin importar si éstos conforman o no la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Ya en sentencia anterior, esta Sala precisó que los directamente comprometidos en el conflicto son sólo los que lo promovieron, pues si bien la totalidad de los trabajadores de la empresa pueden considerarse interesados, no son todos ellos los directamente involucrados.

En ese entonces la Sala expresó:

" La anterior transcripción muestra identidad de previsiones, en el sentido de que en el trámite de la negociación colectiva de trabajo, una vez terminada la etapa de mediación o de intervención obligatoria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, son los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto quienes deben optar por la huelga o por la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. La

> expresión "directamente comprometidos en el conflicto"; se refiere a quienes lo hubieren promovido, bien sea los sindicalizados o los no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión; pero no son todos los directamente comprometidos". (Sentencia de abril 8 de 1991. C.P. Dra. CLARA FORERO DE CASTRO. Sección Segunda. Exp. No. 3681. Flio. 4.).

Significa lo anterior que si antes de la ley 39 de 1985 la declaratoria de huelga correspondía a las mayorías y no era posible que un sindicato minoritario pudiera decretarla, bajo la vigencia de esta ley, en un retroceso legislativo inexplicable, se rompió con el principio de las mayorías y se hizo posible que grupos minoritarios pudieran hacerlo, por lo menos en algunos casos.

De acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965 que no fue derogado por la ley 39, en casos de pluralismo sindical, la representación de los trabajadores para todos los efectos de la contratación colectiva (y la huelga hace parte del proceso de contratación colectiva) corresponde al sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa y si ninguno de ellos aglutina la mayoría, la representación corresponde conjuntamente a todos ellos. O sea que cuando existe en la empresa un sindicato mayoritario de cualquier clase o si la suma de los afiliados a los sindicatos minoritarios hacen la mayoría, la declaración de huelga sigue siendo privilegio de las mayorías; pero si no existe en la empresa sindicato mayoritario o si aún reunidos los minoritarios no agrupan la mayoría de los trabajadores, no puede hablarse de sindicato representativo y entonces los sindicatos existentes, aún siendo minoritarios, tiene la prerrogativa de declarar la huelga, porque al tenor de los artículos 374-2 del Código Sustantivo de Trabajo 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965 pueden ser los promotores del conflicto.

Tiene razón por tanto el accionante al afirmar que la ley 39 de 1985 cambió el criterio de "sindicato representativo" por el de "mayorías" pero dentro del grupo en conflicto, es decir, por el de decisión mayoritaria referida sólo a los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto.

Significa lo anterior que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 477 de 1986 al reglamentar la ley, prescribiendo:

> "En el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores de las empresas o establecimientos respectivos, no podrán declarar la huelga. (se destaca), adoptó el criterio de "mayorías" de la legislación anterior, y quebrantó directamente el inciso 1o. del artículo 9o. de la referida ley. Por ello habrá de accederse a declarar la nulidad impetrada en la demanda".

Cabe anotar que posteriormente la ley 50 de 1990 modificó el régimen de la ley 39 de 1985 y volvió al de la legislación anterior, otorgando nuevamente la prerrogativa de decidir entre huelga y arbitramento a la "mayoría absoluta" de los trabajadores de la empresa, bien se trate de trabajadores sindicalizados o no. (art. 61)

2o. Nulidad del inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 1986.

Dispone la norma acusada:

"La huelga o la solicitud de tribunal de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación en votación secreta y por la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados que deban integrar tal asamblea, en su condición de directamente comprometidos en el conflicto".

Afirma el accionante que el reglamento limitó en forma ilegal a diez (10) días hábiles el término de prehuelga (sic) previsto en dos meses en el literal e) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo y que este lapso en cuanto fue fijado por una ley, sólo era modificable por otra ley, no por la vía reglamentaria.

El artículo 450 citado prescribe las causales de ilegalidad de una suspensión colectiva de trabajo y en su literal e) dijo:

"Cuando se declare después de dos (2) meses de terminada la etapa de conciliación"

Para la Sala es evidente la contradicción que denuncia el accionante; si el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo otorgó un término de dos meses a partir de la finalización de la conciliación para declarar válidamente la huelga y en este punto no fue derogado ni modificado por la ley 39 de 1985, el Decreto reglamentario no podía establecer un término diferente para tomar la decisión de ir a la huelga, que es lo mismo que declararla.

Por otra parte el hecho de que el reglamento, para contar el término, parta de la terminación de la etapa de mediación, no significa que se trata de un plazo diferente al del literal e) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo que se cuenta a partir de la finalización de la conciliación, toda vez que la nueva figura de la "mediación" reemplazó la anterior "conciliación" disponiendo la intervención del Ministerio de Trabajo en sustitución de los conciliadores designados por las partes de la anterior legislación.

Por manera que el inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 1986 sí contrarió el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo y por ello es del caso acceder a la declaratoria de nulidad impetrada.

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:

1o. DECLARASE la nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986 expedido por el Gobierno Nacional en cuanto dispuso que en el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría de los trabajadores de las respectivas empresas o establecimientos, *no podrán declarar la huelga.*

2o. DECLARASE la nulidad del inciso 3o. del artículo 1o. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986 expedido por el Gobierno Nacional en la parte que dice: "dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos. (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Aclara voto;,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

RENUNCIA-Aceptación

Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente, por razones que el empleado no está obligado a explicar y que únicamente a él le interesan. En lo atinente a haberse aceptado la renuncia en forma tan rápida como se afirma, en el escrito de apelación, dicha circunstancia no configura ilegalidad alguna, pues una vez presentada la renuncia la administración puede darle trámite inmediato y aceptarla sin que a ello se opongan los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Magistrada Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3817 Autoridades Nacionales, Apelación Sentencia. Actor : Roberto Paz Salas.

El señor Roberto Salas interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 16 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

La parte actora, en ejercicio de la acción de restablecimiento de derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño la declaración de nulidad de la resolución No. 1347 de diciembre 31 de 1987, expedida por el Director

Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo de Nariño "CORPONARIÑO", por la cual se aceptó la renuncia del demandante como Profesional Especializado de la Oficina de Planeación del citado establecimiento público, y como consecuencia, solicitó ser restituido al mismo cargo o a otro de superior categoría, se le paguen los emolumentos dejados de percibir y se le reconozca que no hubo solución de continuidad para todos los efectos legales (folios 1 a 10 cuaderno principal).

Como disposiciones violadas el libelo cita, los artículos 2, 17, 20, 45, 26, 51 y 62 de la Constitución Política anterior; 110, 111 y 115 del decreto 1950 de 1973; decreto 2400 de 1968; artículo 152 y siguientes del Libro 2 Título 3 Capítulo 8 del Código Penal.

El Tribunal Administrativo de Nariño, denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró el a-quo, luego de formular críticas al contrato de comisión de estudios celebrado entre el actor y "CORPONARIÑO", que resulta inexplicable la conducta del demandante, puesto que si el contrato por éste celebrado le era perjudicial económicamente, no debió firmarlo y renunciar al curso de especialización y haber demandado en su debida oportunidad sus pretensiones ante el Director Ejecutivo de dicha Corporación; que realizados los anhelos del actor en mitad del año académico, pidió reajuste salarial y prestacional en contradicción con lo pactado con el contrato de comisión de estudios en su claúsula segunda; que la contradicción entre los hechos y las normas que se indican como violadas con la realidad demostrada en el proceso, lleva a la no prosperidad de las pretensiones del libelo; que en virtud de que el demandante era funcionario de libre nombramiento y remoción, "CORPONARIÑO" no estaba obligada a cumplir indefectiblemente el referido contrato, acorde con la sentencia del Consejo de Estado de junio 17 de 1982; que se debe precisar que lo expuesto en esta sentencia se relaciona con un empleado vinculado a un establecimiento público del orden nacional, en el cual tiene plena aplicación el decreto 1950 de 1973 y no en el ámbito departamental como sucede en el caso sub-lite; que en lo atinente a la presentación de la renuncia del actor del empleo que ocupaba, habiéndose especializado en derecho administrativo, sabía muy bien que no debía aceptar la insinuación de la renuncia, sino esperar la declaración de insubsistencia de su nombramiento, pero no lo hizo así y por el contrario presentó su renuncia de manera libre y espontánea; que las disposiciones invocadas como infringidas del decreto 1950 de 1973 son de estricta aplicación en el ámbito Nacional; que en ningún momento el Director Ejecutivo de "CORPONARIÑO" desconoció las mencionadas disposiciones, pues la simple insinuación al actor de que presentara la renuncia al cargo que desempeñaba, no encaja en las normas pertinentes que al respecto traen el decreto 1950 de 1973 y el decreto 2400 de 1968, si en gracia de discusión se admite que tales normas rigen en el ámbito departamental, con criterio de orientación como lo ha manifestado el Consejo de Estado (folios 122 a 138 cuaderno principal).

Contra la sentencia, la parte demandante interpuso recurso de apelación alegando que "CORPONARIÑO" es un establecimiento público del orden Nacional e insistiendo en el abuso de autoridad por desviación de poder que vicia el acto acusado, en cuanto la renuncia no fue libre y espontánea sino inducida por el Director de la entidad.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo (folios 156 y 157 cuaderno principal), opina que el fallo apelado amerita ser confirmado.

Expresa la agencia del Ministerio Público en su concepto que, al ser examinadas y confrontadas las normas presuntamente violadas, con el contenido de la renuncia que fue presentada por el actor, no se observa transgresión alguna de tales disposiciones; que es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto que el retiro de un funcionario que ha suscrito un contrato de comisión de estudios, implica para el empleado que se exonere de la obligación de prestar sus servicios; que en casos similares dicha agencia del Ministerio Público ha sostenido que obligar a renunciar es un hecho censurable y lesivo de los derechos de un funcionario, siempre y cuando se trate de empleado amparado por un fuero de estabilidad; que en caso contrario, es más un acto de cortesía favorable a los intereses del funcionario, que lesivo de inexistentes derechos a una estabilidad relativa.

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:

La Sala comparte los planteamientos hechos por el apelante, en cuanto a que las normas del régimen general de administración de personal contenidas en los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 son aplicables en forma directa al caso *sub-exámine*, puesto que "CORPONARIÑO", es un establecimiento público del orden Nacional.

Por ende, las consideraciones que sobre este tópico hace el a-quo en la sentencia apelada resultan equivocadas. Sin embargo, observa la Sala que tal equivocación no incide en la decisión del fallo porque finalmente el Tribunal les dio aplicación como criterio de orientación.

Como lo ha dicho la Corporación en otras oportunidades, el hecho de que un funcionario haya firmado contrato para cumplir una comisión de estudios no limita la facultad discrecional de la administración para separar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción.

En sentencia de abril 23 de 1991, expediente No. 1423, actor: Guillermo García Martínez, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, la Sala dijo:

"De otra parte, el haber firmado contrato para cumplir una comisión de estudios tampoco compromete a la administración sino que, al contrario, es para ella una garantía de que, terminado el curso académico, el empleado utilizará sus nuevos conocimientos en beneficio de la entidad que le facilitó la realización del curso, durante un determinado lapso. Tal es el alcance y sentido de estos contratos en circunstancias similares".

Así las cosas, pese al contrato de comisión de estudios celebrado entre el demandante y "CORPONARIÑO" (folios 30 y 31 cuaderno principal), bien podía la administración dar curso a la renuncia presentada por el actor del cargo que desempeñaba en el comentado establecimiento público del orden nacional, luego de concluida dicha comisión y de haberse reintegrado al servicio, renuncia que planteó en comunicación de diciembre 31 de 1987 (folio 44 *ibídem*), en los siguientes términos:

"Distinguido Doctor Mora:

Por medio de la presente me permito comunicar a Usted, mi determinación personal de renunciar al cargo de Profesional Especializado de la Oficina de Planeación que he desempeñado hasta el día de hoy.

Durante mi permanencia en ésta (sic) Entidad, han sido múltiples las satisfacciones y experiencia que he recibido.

Debo además exteriorizarle en forma sincera mi reconocimiento y gratitud por la colaboración recibida de su parte y a la vez desearle un año nuevo lleno de prosperidad y éxitos en 1988.

Reciba un cordial saludo.

Atentamente,

ROBERTO PAZ SALAS."

Como puede apreciarse nada indica en el texto, que la mencionada renuncia no fuera libre y espontánea, como lo plantea la parte actora.

Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente, por razones que el empleado no está obligado a explicar y que únicamente a él interesan.

La existencia de un vicio, como lo ha expuesto la Corporación debe ser fehacientemente probada por el demandante que alegue que la presentación de su renuncia no fue producto de su íntimo querer de no continuar prestando sus servicios a la administración.

Y en verdad que de la valoración del acervo probatorio traído al proceso y del análisis de las declaraciones aportadas al mismo no se llega a la indubitable conclusión de que la renuncia presentada por el demandante al empleo que ejercía en "CORPONARIÑO" no fuera libre y espontánea.

La presunta petición de la renuncia hecha al demandante por el Director Ejecutivo del comentado establecimiento público, no indica que ésta haya sido forzada, como acertadamente lo dice la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo de septiembre 28 de 1989.

Bien podía el actor, si su deseo íntimo era el de no desvincularse de la administración, no haber presentado su renuncia al empleo y así quedar sujeto al ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora, pues tratándose de un funcionario no amparado por fuero alguno de estabilidad relativa, el Director Ejecutivo de aquella Corporación estaba en la posibilidad de acudir a esta facultad.

Como lo ha señalado la Sala en otras providencias en asuntos similares al que ahora estudia, no resulta lógico que quien desempeñaba un empleo como el que ocupaba el demandante, con su experiencia administrativa y preparación profesional acreditada en los documentos que forman parte de su hoja de vida, alegue presiones para retirarse del servicio por renuncia, puesto que su recto criterio lo colocan en situación muy distinta a la de otra clase de funcionarios al servicio del Estado.

Finalmente, en lo atinente al hecho de haberse aceptado la renuncia en forma tan rápida como se afirma, en el escrito de apelación (folio 145 ibídem), dicha circunstancia no configura ilegalidad alguna, pues una vez presentada la renuncia la administración puede darle trámite inmediato y aceptarla sin que a ello se opongan los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

La Sala concluye que la ocurrencia de la desviación de poder alegada como causal de anulación del acto administrativo impugnado no se encontró probada en el caso sub-judice, por lo que resulta procedente confirmar la sentencia recurrida.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de septiembre 16 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso promovido por Roberto Paz Salas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos; Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE-Ascenso/**ESCALAFON DOCENTE**-Requisitos no utilizados

La experiencia docente anterior a la expedición del Decreto 2277 de 1979 valedera para el primer ascenso (artículo 26, Decreto 259 de 1981), debe tener la doble característica de ser "requisito no utilizado", vale decir que, siendo experiencia jurídicamente relevante según las previsiones del Decreto 2277, no haya sido utilizada (gastada) en clasificaciones anteriores ni para efectos de la asimilación de que trata el Capítulo VIII de éste Decreto, "siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 1o. según explica la norma preinserta.

El tiempo de servicios es utilizable en un escalafón en la medida en que sirve para clasificar en una categoría superior a la que se tiene, es decir, mientras se pueda invocar como condición cumplida para ascender. Deja de serlo de suyo, automáticamente, cuando por ese tiempo servido se llega al tope, a la cúspide misma del escalafón. Quien ha llegado a lo más alto no puede aspirar a una posición superior, porque no existe.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº 4304 Resoluciones Ministeriales Actor : Elba Aguedita Junca de Aguilar.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia de 2 de diciembre de 1988, por la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, consistentes en la anulación de la Resolución Nº 5886 de 1983 proferida por la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante Bogotá D.E. (fl. 10), a fin de que, a título de restablecimiento del derecho, se dispusiera su ascenso al grado 11° del Escalafón. (fls. 11-14).

Los hechos en que se apoya la demanda pueden compendiarse así:

1.- Por Resolución N° 484 de agosto 12 de 1980 se asimiló a la demandante en el grado 9° del Escalafón Nacional Docente establecido por el Decreto 2277 de 1979.

2.- En mayo 28 de 1982 solicitó por primera vez ser ascendida de ese grado al 11°, acompañando al efecto documentación para demostrar:

a) Título de Licenciada en Ciencias de la Educación, requerido al igual para ascender del grado 9° al 10° y de éste al 11°; b) Haber cursado y aprobado en curso de Capacitación para ascenso del grado 9° al 10°; c) Tiempo de servicio docente de tres años (de 1979 a 1982), requerido para ascender del grado 9° al 10°.

3.- También acreditó experiencia docente no utilizada antes para la asimilación en el nuevo Escalafón ni para ningún otro ascenso o clasificación, de más de cuatro años de servicios comprendidos entre 1968 y 1973 y curso de capacitación o actualización para el ascenso del grado 10° al 11°, con lo que completaba los requisitos exigidos para tener derecho al ascenso solicitado.

Sin embargo, la Resolución acusada, guardando silencio respecto de ese complemento, dispuso el ascenso de la accionante al grado 10°; con efectos fiscales a partir del 29 de marzo de 1982. (fls. 11-14).

Se señalan como quebrantados los artículos 2, 16, 17 y 30 de la Constitución anterior; 10 y 73 del Decreto Ley 2277 de 1979, concordante con el 26 del Decreto 259 de 1981 y el 31del Decreto 2762 de 1980.

Omitiendo la explicación del concepto de la infracción de los preceptos constitucionales invocados, dice la demanda que "el problema jurídico controvertido se reduce a establecer si la actora tenía derecho a ser ascendida al grado 11° del escalafón docente, con efectos fiscales a partir del 29 de marzo, por razón de la utilización para ese ascenso de curso de actualización

o capacitación realizado en los años 1977 y 1978, y de experiencia docente equivalente a más de cuatro años de servicios comprendidos entre 1968 y 1973, no hechos valer antes para la asimilación en el nuevo escalafón ni para ascensos o clasificaciones anteriores todo ello conforme a lo previsto en el art. 73 del decreto ley 2277 de 1979 y el art. 26 del decreto 259 de 1981, concordantes con el artículo 10° del citado decreto 2277" (fl. 12).

El apoderado del Ministerio de Educación Nacional, en la contestación de la demanda que se lee a folios 38 a 45, propone la excepción de ineptitud formal de la demanda por falta de requisitos y la de ineptitud sustancial para no tener la actora el derecho que pretende.

Tras expresar que para la decisión adversa a las súplicas de la demanda se apoya en el concepto de su Fiscal, puntualiza el Tribunal:

> "La experiencia docente a considerar para la asimilación y ascenso en el escalafón es la que se acredita a partir de la última clasificación.
>
> Antes de la asimilación de la actora al nuevo escalafón, se repite, ésta había sido clasificada en 2a. categoría de Secundaria mediante Resolución 0310 del 27 de marzo de 1973.
>
> El tiempo anterior a esta fecha, que la demandante aspira a que se le tenga en cuenta, o sea el lapso comprendido entre 1968 y 1973, no es apto como experiencia docente en el grado 11° del nuevo escalafón, ciñéndose a la letra del artículo 10° del Decreto 2277 de 1979. Y tampoco se demostró dentro del proceso que para la clasificación de que fue objeto en 1973 no se le haya tenido en cuenta el tiempo anterior a esa fecha". (fl. 152).

Acompaña la impugnante a la sustentación del recurso una fotocopia de la sentencia de 13 de diciembre de 1982, proferida por la Sección Primera de la Corporación (Expediente N° 3939, actor: José Francisco Leal Martínez) y de la del 30 de mayo de 1984 de la Sección Segunda (Expediente N° 7378, Actor: Luis Alfonso Huertas).

Con invocación de las referidas sentencias, afirma que cualquier docente escalafonado antes de la expedición del Decreto 2277 de 1979, además del derecho de ser asimilado en el nuevo Escalafón, según sus títulos y experiencia docente, tiene igualmente el derecho de ascender en este Escalafón con el tiempo servido con anterioridad a dicho Decreto, "sin importar si sirvió dicho tiempo en uno u otro de los dos escalafones que anteriormente existían". (fl. 186).

Con ese criterio solicita el reexamen de la cuestión litigiosa, "pues al parecer, recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia

de la Consejera de Estado Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, no tuvo en cuenta el pronunciamiento de nulidad de la Sección Primera del Consejo a que se hizo referencia, y negó las pretensiones de la demanda en un caso similar". (fl. 186).

Para la Fiscalía Cuarta de la Corporación se impone denegar las súplicas de la demanda, porque "se pretende el reconocimiento de tiempo servido en la docencia, pero no apto para ascender en el antiguo escalafón ni susceptible de utilizar en la Asimilación". (fls. 192-193).

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

CONSIDERACIONES:

Si bien la demandante no explica el concepto de la violación de los preceptos constitucionales invocados, sí lo hace respecto de las demás disposiciones que estima violadas por el acto acusado. Por esto, no hay lugar a la prosperidad de la excepción de ineptitud formal de la demanda, pues la explicación de la violación de estas últimas satisface las exigencias del artículo 137-4 del C.C.A. Así pues, procede el estudio de fondo del asunto, según la preceptiva de estas últimas disposiciones.

En un aparte de la vista reglamentaria, el Fiscal del Tribunal expresa:

> "Lo primero que es necesario poner de presente es que los artículos 73 y 10 del Decreto 2277, así como el 26 del Decreto Reglamentario 259 de 1981, no pueden ser analizados individual y solitariamente, ni dicen lo que la demanda pretende que dicen.
>
> Se expresa lo anterior porque no puede perderse de vista que el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979 forma parte, junto con otros artículos, entre ellos el 71 y el 72, del Capítulo VIII, 'Asimilaciones' del Estatuto Docente, y que el artículo 26 del Decreto 259, simplemente está reglamentado el artículo 73 del 2277.
>
> Precisamente, por considerar que el artículo 73 es la única norma, junto con el artículo 10°, del Estatuto, sobre asimilaciones, se ha caído en el error en que, estimulados por la equivocación de algún fallo del Consejo de Estado, han incurrido al respecto algunos (no todos) Tribunales Administrativos, del país, error que por lo demás ha dado base a un sinnúmero de demandas, que como la presente, no tienen realmente ningún fundamento jurídico racional". (fls. 134-135).

Atinado anda el señor Fiscal. Según reseña la hermenéutica jurídica, el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes.

También es regla de interpretación que las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio y según el uso general que de ellas se haga.

Con el título *Requisitos no utilizados* el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, que se dice violado, prescribe:

> "La experiencia docente y los cursos de capacitación o actualización realizados con anterioridad a la expedición de este decreto, que no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores, ni para efectos de la asimilación de que trata el presente capítulo, se tomarán en cuenta para posterior ascenso dentro del nuevo escalafón, siempre que reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10°".

Claro es, por lo tanto, que la experiencia docente anterior a la expedición del Decreto 2277 de 1979 valedera para el primer ascenso (art. 26, Decreto 259 de 1981), debe tener la doble característica de ser "*requisito no utilizado*", vale decir que, siendo experiencia jurídicamente relevante según las previsiones del Decreto 2277, no haya sido utilizada (gastada) en clasificaciones anteriores ni para efectos de la asimilación de que se trata el capítulo VIII de éste Decreto, "*siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10°*, según explica la norma preinserta.

En el *sub-lite* se tiene que por Resolución 0484 de 12 de agosto de 1980 se asimiló a la actora en el grado 9° del Escalafón. (fl. 2). Este era el máximo grado en que podía ser incorporada según el título de Licenciada en Ciencias de la Educación y experiencia docente de 6 años, 9 meses, 4 días, en segunda categoría del Escalafón de Secundaria (fls. 2, 98), puesto que su experiencia en primaria no le permitía mejor ubicación, de conformidad con las previsiones del precitado Decreto 2277 de 1979.

Tiempo después, en mayo 28 de 1982 solicitó ser ascendida, de una vez, *per saltum*, de ese grado al 11°. (fl. 7).

Para lograrlo impetró precisamente se tuviese en cuenta un "total de tiempo NO utilizado" de 4 años, 9 meses y 18 días, servido en la Primera Categoría del Escalafón de Primaria, comprendido entre el 5 de junio de 1968 y el 23 de marzo de 1973. (fl. 7).

Ahora bien, el tiempo de servicios es utilizable en un escalafón en la medida en que *sirve* para clasificar en una categoría superior a la que se tiene, es decir, mientras se pueda invocar como condición cumplida para ascender. Deja de serlo de suyo, automáticamente, cuando por ese tiempo servido se llega al tope, a la cúspide misma del escalafón. Quien ha llegado a lo más alto no puede aspirar a una posición superior, porque no existe.

Ahora bien, el mucho tiempo servido en el Escalafón de Primaria, así lo fuese en la máxima categoría (la primera), no podía tener ningún valor o trascendencia en el otro escalafón: el de Secundaria. Ni el tiempo servido en éste era acumulable al servido en el otro. Por lo tanto, el tiempo trabajado en la primera categoría de primaria por la demandante carece de la doble calidad de ser "*requisito no utilizado*", porque a la accionante no le podía *servir y aprovechar* en ninguno de los dos escalafones de entonces; tampoco para ser asimilada en el Escalafón Nacional Docente en mejor grado del que le correspondió por su inscripción en la segunda categoría, como antes se anotó.

Lógicamente lo que no sirvió para lograr antes mejor ubicación, no ha de servir posteriormente para llegar a más alto grado, dentro de las mismas circunstancias y bajo los mismos supuestos: los del capítulo VIII del Decreto 2277 de 1979, en concordancia con el artículo 10º *ibídem*, como lo explica con acierto el Fiscal Séptimo del Tribunal, así:

> "Ahora bien, en cuanto al caso de este proceso, se tiene que los años de experiencia docente en primaria, de 1968 a 1973, *no le podían servir* para un mejor grado en el Escalafón del que le señaló la Resolución que la asimiló al grado 9º, que fue la Resolución 484, de 12 de agosto de 1980. Por lo tanto, dicha experiencia docente en primaria, que acreditó luego, al pedir su primer ascenso, tampoco le podía ser útil o válida para un mejor ascenso.
>
> Se explica lo anterior así:
>
> La demandante tenía, como su mejor y más alta clasificación en el escalafón anterior, *la 2a. Categoría de Secundaria*, a la cual ingresó precisamente por haber obtenido en 1973 su título de Licenciada en Ciencias de la Educación, con especialidad en Lingüística y Literatura (ver folio 97, 98, 100 y ss).
>
> Entonces, es obvio que su última clasificación en el escalafón anterior a 1979 era el de Segunda Categoría de Secundaria. Como era titulada, la norma aplicable para ella, y la que *le concedía mejor ubicación* era, y es, el artículo 72, inciso segundo, literal a) del Decreto 2277 de 1979, que dice:
>
> "Los educadores con título docente se asimilarán al nuevo escalafón, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 10º, en la siguiente forma:
>
> a. Los escalafonados, en el grado que les corresponda según la categoría y la experiencia docente que acrediten a partir de la última clasificación".

Entonces como la demandante (y fue en virtud del Título de Licenciada de 1973) había ingresado -y fue su última clasificación- a la 2a. Categoría de Secundaria, *le correspondía*, de punto de partida, según la equivalencia del artículo 71, del Decreto 2277, se le asignaría el grado 7°.

Pero como a partir del escalafonamiento en 2a. Categoría de Secundaria, tuvo, del 27 de marzo de 1973 (fecha de la Resolución de Escalafón, ver folio 98), hasta el 31 de Diciembre de 1979, un tiempo de experiencia docente de seis (6) años, nueve (9) meses y cuatro (4) días, tenía derecho, y se le concedió, a ser asimilada, según la graduación del artículo 10° del Decreto 2277, en el grado 9°. Es decir, partiendo del 7° (en virtud del artículo 71) y aplicando en literal a) del inciso segundo del artículo 72, que remite al artículo 10°, vemos que por seis (6) años, de servicio o experiencia, se puede pasar (por los primeros 3 años) al grado 8°, y (por los siguientes 3 años) al grado 9°; y como le sobró tiempo, en este tiempo del 28 de marzo de 1979, en adelante, ver folio 2, se le irían a tener en cuenta para ascenso posterior (lo que ocurrió precisamente la ascenderla al grado 10°), por la Resolución 5886 de 24 de noviembre de 1983 (folio 10).

No tiene, pues, ninguna razón la demanda para pedir que se le tenga en cuenta un tiempo anterior a la última clasificación que había obtenido la actora en el antiguo Escalafón de Secundaria, pues el servicio en primaria de 1968 a 1973 fue anterior a dicha última clasificación". (fls. 136-138).

Por otra parte, es obvio que para los fines de la demanda la accionante ha debido demostrar que los servicios que solicitó se le tuviesen en cuenta son remanente valedero (*requisito no utilizado*) para ascender a grado superior a aquel que llegó por asimilación.

Así pues, como lo vislumbra el apoderado de la apelante en la sustentación del recurso (fl. 186, *in fine*), se confirmará la sentencia impugnada, por estar ella conforme a derecho y en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corporación, en casos similares al *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:

Confírmase la sentencia de dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso adelantado por Elba Aguedita Junca de Aguilar

en acción de restablecimiento del derecho contra la ResoluciónNº 5886 de noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y tres (1983) de la Junta Seccional de Escalafón Nacional ante Bogotá, D.E.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y lo aprobó la Sala en sesión del día 5 de agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DOCENTE DE CATEDRA/PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento/COMPETENCIA

El hecho de que el actor haya estado afiliado a la Caja Prestacional de la Universidad del Cauca en las condiciones dichas no es razón para que esta entidad sea llamada a reconocer y pagar la prestación solicitada al Incora, si se tiene en cuenta el régimen especial de los docentes de cátedra frente a la normatividad aplicable en general a los empleados públicos y trabajadores oficiales en materia pensional. En más de una oportunidad ha reiterado la Sala que los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, por lo que no les es aplicable el régimen previsto para quienes estén vinculados mediante una relación regular ya sea de naturaleza legal o reglamentaria o contractual, pues aquéllos aparecen regidos por un contrato de prestación de servicios por lo que no les es aplicable el régimen previsto para quienes estén vinculados mediante una relación regular ya sea de naturaleza legal y reglamentaria o contractual, pues aquéllos aparecen regidos por un contrato de prestación de servicios. Tal criterio tiene soporte en lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 80 de 1980, invocado por el libelista. Podría redarguirse que los docentes de cátedra tienen derecho a prestaciones sociales, sin excluir la pensión de jubilación, porque la ley no hace ninguna distinción, con arreglo a los términos del artículo 98 del Decreto 80 de 1980, que preceptúa al respecto: "Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo".

EMPLEADO OFICIAL

El Decreto Reglamentario 1848 de 1969, en su artículo 75 prevé la hipótesis del empleado oficial no afiliado a una entidad de previsión

social, para efectos del reconocimiento de la prestación en referencia. En efecto, el numeral 2o. de esta norma señala que, "si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 4602 Apelación Sentencia Actor : Bernardo Carvajal Flórez

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" contra la sentencia del 13 de julio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que accedió a las súplicas de la demanda dentro de la acción promovida por Bernardo Carvajal Flórez contra la citada institución para impetrar la nulidad de las resoluciones por las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

ANTECEDENTES:

Los hechos de la acción pueden sintetizarse así:

1. El actor laboró en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" desde el 5 de septiembre de 1963 hasta el 30 de septiembre de 1985, es decir, por un lapso de 22 años, 11 meses y 25 días, con una interrupción de 11 días.

2. Había nacido en la ciudad de Ibagué el 23 de septiembre de 1932 y cumplió los 55 años el 23 de septiembre de 1987.

3. Al retirarse del "INCORA", prestaba también sus servicios en la Universidad del Cauca como profesor mediante contrato de prestación de servicios, de modo que, al consolidarse el derecho a la pensión, se solicitó la acumulación con lo devengado en esta última Institución.

4. La Sub-Gerencia del INCORA, mediante la Resolución Nº 000038 del 6 de enero de 1988, negó el reconocimiento y pago de la prestación por cuanto, para la fecha en que el actor cumplió la edad para reclamarla,

se encontraba afiliado a la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, por lo que es a esa Institución a la que debe elevar su petición.

5. Al interponer contra el acto el recurso de reposición, argumentó que la pensión debía ser reconocida por el INCORA por haber prestado allí sus servicios por más de 22 años sin haber estado afiliado a ninguna entidad de previsión social, pero, al cumplir la edad y hacer la petición a la Entidad Empleadora, ésta estimó que el reconocimiento de la prestación correspondía a la entidad de previsión a la cual había estado afiliado últimamente.

Mediante la Resolución N° 000656 del 15 de febrero de 1988, se decidió no acceder a reponer la Resolución anterior.

Invoca el actor como disposiciones violadas los artículos 8° del Decreto Reglamentario 2921 de 1948 y 13, inciso primero de la Ley 33 de 1985; el artículo 21 de Ley 72 de 1947 en concordancia con el 72 (sic) del Decreto 3135 de 1968 y el 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y los artículos 98 y 100 del Decreto Ley 80 de 1980 y 20 y 16 de la Constitución anterior. (fls. 14-22A).

La entidad demandada al contestar el libelo reafirma su tesis de que corresponde a la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca reconocer y pagar la pensión del demandante.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda en consideración a que el actor estuvo vinculado a la Universidad del Cauca en condición de "profesor de cátedra", es decir, sin tener el carácter de empleado público, conforme al artículo 98 del Decreto 80 de 1980.

Luego explica:

"Pero con anterioridad, el actor había estado vinculado al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- como empleado público, desde el 5 de septiembre de 1963 hasta el 30 de septiembre de 1985 (fls. 10), de manera que con toda precisión, queda sentado, que el demandante había cumplido uno de los requisitos para tener derecho a la jubilación, el de tiempo, cuando se retiró del Incora después de 22 años de servicio y que el otro requisito -el de edad- vino a producirse cuando estaba sirviendo a la Universidad del Cauca, sin ser empleado público, como docente de cátedra mediante un contrato administrativo de prestación de servicios docentes, según certificación que obra a folios 87 y 88". (fl. 138).

Sostiene igualmente el Tribunal que no es posible acumular el tiempo servido en las dos instituciones y que, de acuerdo a las disposiciones legales, corresponde "a la Caja donde estuvo afiliado el empleado público al término de cumplir el tiempo de servicio para la jubilación...reconocer y pagar la prestación, en armonía con el criterio del H. Consejo de Estado expresado en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1962". (fl. 138-139).

EL CONCEPTO DE LA FISCALIA

La Fiscalía Cuarta de la Corporación al emitir su concepto considera que debe confirmarse la providencia apelada. (fls. 185-191).

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

CONSIDERACIONES:

Muestran los autos que el actor nació en la ciudad de Ibagué el 23 de septiembre de 1932 y que estuvo vinculado al INCORA desde el 5 de septiembre de 1963 hasta el 30 de septiembre de 1985, con una interrupción de once días, como también, los sueldos y demás emolumentos devengados durante el último año de servicios a esa institución. (fls. 9-12).

Consta igualmente que el actor aparece afiliado a la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca por haber sido profesor de cátedra desde el 1° de octubre de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1987 (fls. 54 y 87-88).

De acuerdo con la prueba documental, el demandante permaneció al servicio del INCORA en calidad de empleado público por un lapso superior a los veinte años y luego, para la fecha en que cumplió los 55 años de edad (el 23 de septiembre de 1987), aparecía afiliado a la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca en razón de su labor como docente de cátedra.

Es el caso, por lo tanto, de definir si, por haber estado el actor vinculado últimamente a la Universidad del Cauca, corresponde a ésta y no al Incora asumir el pago de la prestación reclamada.

Estima la Sala que el hecho de que el actor haya estado afiliado a la Caja Prestacional de la Universidad del Cauca en las condiciones dichas no es razón para que esta entidad sea llamada a reconocer y pagar la prestación solicitada al Incora, si se tiene en cuenta el régimen especial de los docentes de cátedra frente a la normatividad aplicable en general a los empleados públicos y trabajadores oficiales en materia pensional.

En más de una oportunidad ha reiterado la Sala que los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, por lo que no

les es aplicable el régimen previsto para quienes estén vinculados mediante una relación regular ya sea de naturaleza legal y reglamentaria o contractual, pues aquéllos aparecen regidos por un contrato de prestación de servicios. Tal criterio tiene soporte en lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 80 de 1980, invocado por el libelista.

En sentencia de 31 de mayo de 1991, con ponencia del Consejero Dr. DIEGO YOUNES MORENO, dijo la Sala sobre el particular:

> "Los docentes de las Universidades oficiales en el orden nacional, son de tiempo completo de tiempo parcial y de cátedra. Los dos primeros: el profesor de tiempo completo y tiempo parcial, son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les otorga el estatuto docente, no siendo por lo tanto, funcionarios de libre nombramiento y remoción, salvo durante el primer período contado a partir del nombramiento, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón, amparado en la estabilidad que la ley señala en los períodos respectivos según la calidad de cada profesor ostente.
>
> El empleado público debe su calidad de tal, al desempeño de un empleo público, creado conforme a las disposiciones legales y precisamente sólo pueden ingresar a ellos los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial. Su régimen laboral es estatutario y su vinculación y retiro se efectúa, por regla general, mediante acto administrativo.
>
> En sentido contrario, el docente de cátedra, no tiene el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confiere el estatuto docente, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes". (Sentencia del 31 de mayo de 1991, Actor: Luis Hernando Andrade Rios).

En tal virtud, si los docentes de cátedra se vinculan en esas condiciones, como lo explica la sentencia de la Sala, mal podrían aplicárseles unas normas que tienen como fundamento para el reconocimiento de la pensión la condición de empleado público o trabajador oficial, acreditándose los demás requisitos exigidos por la norma.

Podría redarguirse que los docentes de cátedra tienen derecho a prestaciones sociales, sin excluir la pensión de jubilación, porque la ley no hace ninguna distinción, con arreglo a los términos del artículo 98 del Decreto 80 de 1980, que preceptúa al respecto:

> "Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo".

Sin embargo, es obvio que esta regla no autoriza para aglutinar, bajo una misma normatividad, situaciones que la ley claramente diferencia y que deben tratarse en forma diferente por basarse en supuestos también diferentes.

Definido este aspecto de especial relevancia en el proceso conviene recordar que, según el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, todo empleado público o trabajador oficial con 20 años de servicios, continuos o discontinuos, y 55 de edad, si es varón, tenía derecho a que por "la respectiva entidad de previsión" se le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Este sistema de liquidación fue modificado por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 en el sentido de que el 75% sería sobre el "salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

En el *sub-lite*, afirma el accionante que, durante la época en que estuvo laborando para el Instituto, "no estuvo afiliado a ninguna entidad de previsión social, vinculada o adscrita al Incora y que en el momento del retiro solamente la faltaba la edad reglamentaria para tener derecho a la pensión y que al cumplirla hace la petición a la Entidad obligada a su pago, es decir, a la *Entidad Empleadora*". (fl. 16).

Sobre este particular, es de anotar que el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, en su artículo 75 prevé la hipótesis del empleado oficial no afiliado a una entidad de previsión social, para efectos del reconocimiento de la prestación en referencia.

En efecto, el numeral 2° de esta norma señala que, "si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora".

Es claro que tal normatividad regula la situación del demandante ya que, si no es procedente para estos efectos dar validez a su vinculación como docente de cátedra, forzoso es concluir que corresponde al Incora reconocer la prestación, como lo ha hecho en casos anteriores, según afirma el apoderado de la entidad:

> "El Incora viene reconociendo y pagando la pensión de jubilación de sus exfuncionarios siempre y cuando estén enmarcadas en las Leyes 24 y 72 de 1947, 33 de 1985 y los Decretos 2921 de 1948, 3135 de 1968 y 1848 de 1969". (fl. 42).

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 Cauca en julio trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dentro del proceso adelantado por el señor BERNARDO CARVAJAL FLOREZ contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, con la adición de que la pensión de jubilación ha de equivaler al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios que culminó el 30 de septiembre de 1985.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala el día 18 de Agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA

El demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción y no de carrera administrativa, pues como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, el solo hecho de ocupar un cargo de carrera no otorga el derecho de pertenecer a ella, por lo que el nombramiento del actor podía ser declarado insubsistente en la forma como se hizo en el caso *sub-exámine.*

CORELCA/OFICINA JURIDICA- Facultades/**INSUBSISTENCIA**

La Sala considera que lo señalado en el inciso 2o. del artículo 26 del Decreto 383 de febrero 8 de 1985, que aprueba los estatutos de CORELCA, según el cual los actos administrativos de esta entidad deberán ser revisados por la oficina jurídica o la dependencia que haga sus veces, con el fin de ejercer el control administrativo interno de legalidad, disposición de inferior jerarquía jurídica a la del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, no puede ser aplicada para aquellos actos contentivos de las declaratorias de insubsistencia del nombramiento de funcionarios que se dicten en ejercicio de la facultad discrecional, pues implicaría una indebida limitación para la autoridad nominadora de utilizar libremente esta facultad, al tenor de lo consagrado en la última norma mencionada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 3602 Autoridades Departamentales Actor: Alfredo Daza Suárez.

La Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica -CORELCA- interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 2 de junio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

Admitido el recurso de apelación (folio 124 cdno. ppal) y efectuado el trámite correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES.

La parte demandante, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", solicitó ante el Tribunal Administrativo de la Guajira la declaratoria de nulidad de la resolución No. 6814 de 3 de diciembre de 1986 expedida por el Director General (E) de CORELCA, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Jefe de Sección 2075-grado 09 de la Sección Administrativa, División Administrativa y Financiera, Dirección Regional Termoguajira (folio 11 ibídem).

Como disposiciones violadas la demanda cita, los artículos 16, 17 y 26 de la Constitución Política anterior; 40 a 52 del decreto 2400 de 1968; 180, 183, 211, 222 a 242 del decreto 1950 de 1973; 26 de los estatutos de CORELCA y/o 1o. del decreto 83 de 1985; decreto 01 de 1984 (folio 2 ibídem).

El concepto de la violación se expone como aparece a folios 2 a 7 del cuaderno principal.

El *a-quo*, en la sentencia apelada, accedió a las súplicas de la demanda, pues consideró que el actor pertenecía a la carrera administrativa por reunir los requisitos para el ingreso a ella, razón por la cual la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento debió efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del decreto reglamentario 1950 de 1973; que resulta inexplicable que al demandante no se le hubiera incluido en el memorando dirigido al Departamento Administrativo del Servicio Civil para la inscripción en la carrera, puesto que los empleos desempeñados por aquél son de carrera y no de libre nombramiento y remoción; que el acto impugnado no fue sometido a la revisión de la oficina jurídica de CORELCA, desconociéndose así lo prescrito en el artículo 26 del decreto 383 de 1985; que tal vez el actor no fue incluido en el referido memorando, acorde con lo sostenido al respecto por su apoderado, como consecuencia de las denuncias presentadas contra el Jefe Regional de Termoguajira (folios 76 a 79 ibídem).

En el escrito contentivo del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CORELCA (folios 80 a 84 ibídem), se afirma que el demandante nunca estuvo inscrito en la carrera administrativa por el Departamento Administrativo del Servicio Civil; que más tarde al ser promovido a otro empleo posiblemente de carrera, pero sin estar inscrito en ella, mal puede sostenerse que contaba con un fuero especial de estabilidad al no haber ingresado a la carrera; que una cosa significa ocupar un cargo de esta naturaleza y otra bien distinta ser funcionario de carrera; que no fue demostrado en el curso del proceso que la causa de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento tuviera como origen la denuncia formulada por el actor contra su jefe inmediato; que siendo el demandante por consiguiente empleado de libre nombramiento y remoción su retiro del servicio no necesitaba tramitarse por el procedimiento establecido en el artículo 240 del decreto 1950 de 1973; que en cuanto a lo estatuido en el artículo 26 del decreto 383 de 1985, debe entenderse que la revisión de la oficina jurídica de CORELCA no se requiere para los actos de nombramiento y remoción de los empleados de la planta de personal de esta entidad, ya que tales actos tienen un fundamento constitucional y legal que atribuyen a la autoridad nominadora la facultad discrecional que en ningún caso puede ser limitada por un órgano jurídico subalterno de dicha autoridad nominadora.

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de marzo 27 de 1990 (folios 130 a 136 ibídem), *expresa que la sentencia apelada debe ser revocada* y, en su lugar, se proceda a denegar las súplicas impetradas en el libelo, ya que resulta incuestionable que en el caso sub-lite el empleo que ocupaba el demandante a pesar de pertenecer a la carrera administrativa no le daba el beneficio a éste de formar parte de ella, puesto que no probó haber ingresado a la carrera; que por ende la administración podía declarar insubsistente el nombramiento del actor de la manera como lo hizo mediante la resolución No. 6814 de diciembre 3 de 1986; que el demandante en el empleo de jefe de sección 2075-grado 09 que desempeñaba fue nombrado provisionalmente por doce meses por resolución No. 001 de enero 2 de 1985, por lo que tuvo una estabilidad relativa durante ese período, pero para el 3 de diciembre de 1986 en que se decretó la insubsistencia ya no contaba con ninguna estabilidad, pues el término vencía el 2 de enero de este año; que no aparece demostrado en el proceso que se hubiera omitido el requisito indicado en el artículo 26 del decreto 383 de 1985; que no obstante si así hubiera sucedido, tal circunstancia no origina la nulidad del acto impugnado, si se tiene en cuenta que en este asunto prevalece lo dispuesto en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968; que tampoco la parte actora logró probar la desviación de poder alegada, por cuanto no está demostrado que la declaratoria de insubsistencia obedeciera al denuncio penal y a las quejas presentadas por el demandante contra varios funcionarios de CORELCA.

Ahora bien, la Sala comparte los planteamientos hechos por la agencia del Ministerio Público de que en el caso *sub-lite* el fallo recurrido debe ser

revocado con el fin de que se proceda a denegar las pretensiones formuladas en la demanda.

En efecto, a folios 66 y 72 del cuaderno principal constan los oficios suscritos por el Jefe de la División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil, acorde con los cuales, no obstante los cargos desempeñados por el actor pertenecen a la carrera administrativa, *no aparece que éste se encontrara inscrito en ellos dentro de la carrera* ni ningún otro funcionario. (Se subraya).

De otra parte, observa la Sala que el empleo en el cual el nombramiento del actor fue declarado insubsistente (folios 11 y 12 ibídem) éste había sido designado mediante nombramiento provisional por resolución No.001 de enero 2 de 1985 (folio 68 ibídem), *sin que esté acreditado en el caso* ***sub-judice*** *que el demandante entró a desempeñar por concurso* el cargo de Jefe de Sección 2075-09 de la Sección Administrativa, División Administrativa y Financiera, Dirección Regional Termoguajira, razón por la cual no resulta suficiente para obtener el fuero de carrera la evaluación de méritos que se le practicó (folios 60 y 61). (Se subraya).

De otro lado, como lo señala el artículo 107 del decreto 1950 de 1973, en cualquier momento podría declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin que se requiera motivar la providencia, de conformidad con la facultad discrecional, por lo que al respecto resultan equivocados los planteamientos hechos por la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, en cuanto sostiene que el actor tuvo una relativa estabilidad durante el término de doce meses en que fue nombrado provisionalmente en el comentado cargo.

Así las cosas, se infiere de lo expuesto que el demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción y no de carrera administrativa, pues como lo ha sostenido la Sala en otras ocasiones, el solo hecho de ocupar un cargo de carrera no otorga el derecho de pertenecer a ella, por lo que el nombramiento del actor podía ser declarado insubsistente en la forma como se hizo en el caso *sub-exámine*.

En lo que concierne a la desviación de poder alegada por la parte actora, puesto que la declaratoria de insubsistencia fue producto de una persecución laboral contra el demandante que con antelación a su retiro del servicio ya había sido denunciada, dicha causal de anulación de los actos administrativos no está demostrada en el presente proceso, pues no se acreditó el nexo de causalidad existente entre la desvinculación y tal circunstancia.

Como lo ha planteado la Corporación, quien alega desviación de poder está obligado a aportar las pruebas que lleven al juzgador la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir

el acto acusado, no están dentro de aquellos para los cuales fue investida la autoridad, es decir, razones del buen servicio, sino otras, por lo cual la competencia discrecional se encaminó a designios opuestos a los queridos por el legislador al conceder el poder discrecional, todo lo cual origina la ilegalidad del acto.

Como consta a folios 36 y 43 del cuaderno No. 2, el mismo actor respecto de las quejas presentadas contra el Director Regional del Proyecto Termoguajira (folios 2 y 10 ibídem), expresa respectivamente ante el Procurador Regional de Riohacha y aquel funcionario en comunicaciones de septiembre 1 de 1986 lo siguiente:

Señor

PROCURADOR REGIONAL DE LA GUAJIRA

Atn. José H. Hernández Ruiz

Riohacha

Estimado Doctor Hernández:

Por medio de la presente me permito presentar ante su despacho el *desistimiento* de mi denuncia sobre persecución y demás cargos a que diera lugar, formulada el día 17 de Agosto de 1986 y ratificada el día 25 del mismo mes.

Cordialmente, (se subraya).

ALFREDO DAZA SUAREZ

Ingeniero

WILLIAM PIMIENTA MORALES

Director Regional Termoguajira

Presente

Cordial Saludo:

Como quiera que el día 17 de Agosto de 1986 yo le formulé ante la Procuraduría Regional de Riohacha y ratificada el día 25 del mismo mes, me permito presentarle *mis excusas* por los daños materiales o morales que ésta hubiera traído como consecuencia. (Se subraya).

Le reintegro una vez más mi admiración y aprecio por su persona.

Cordialmente,

ALFREDO DAZA SUAREZ

Además en este asunto quien produjo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante fue el Director General (E) de CORELCA y no por el funcionario contra quien se formularon las reclamaciones de persecución laboral, sin que aparezca demostrado que aquel director hizo uso de la facultad discrecional motivado por esta circunstancia alegada por la parte actora en el libelo.

Finalmente, la Sala considera que lo señalado en el inciso 2o. del artículo 26 del decreto 383 de febrero 8 de 1985, que aprueba los estatutos de CORELCA, según el cual los actos administrativos de esta entidad deberán ser revisados por la oficina jurídica o la dependencia que haga sus veces, con el fin de ejercer el control administrativo interno de legalidad, disposición de inferior jerarquía jurídica a la del artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968, no puede ser aplicada para aquellos actos contentivos de las declaratorias de insubsistencia del nombramiento de funcionarios que se dicten en ejercicio de la facultad discrecional, pues implicaría una indebida limitación para la autoridad nominadora de utilizar libremente esta facultad, al tenor de lo consagrado en la última norma mencionada.

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.) Revócase la sentencia de junio 2 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso instaurado por el señor Alfredo Daza Suárez, en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 6814 de 3 de diciembre de 1986 proferida por el Director General (E) de CORELCA, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo que desempeñaba en esta entidad.

En su lugar se dispone:

2o.) Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente*; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Improcedencia.

Ha reiterado la Corporación en numerosas oportunidades que el artículo 40 del Decreto 2591, en cuanto autoriza la acción de tutela contra providencias judiciales que pongan término a un proceso, es contrario al artículo 86 de la C.P por cuanto "lo que instituyó en esencia como un mecanismo subsidiario y residual queda convertido en un instrumento adicional y subsiguiente de las acciones judiciales ordinarias, es decir, en una instancia más para el accionante vencido en proceso."

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia:Expediente Nº. 001 Acción de Tutela. Actor: Alvaro Murillo Gelvez.

En escrito presentado ante esta Corporación y dirigido a la Sección Segunda, solicita el actor la tutela contra la sentencia "proferida por la Sección Primera el día jueves trece del corriente mes de Agosto que violó, entre otros, mis derechos fundamentales de presentar peticiones a las autoridades y de participar en el control del poder político mediante la acción pública de nulidad en defensa de la constitución". (fl. 11).

Como fundamentos de la acción, narra el accionante que presentó demanda contra el artículo 18 del Decreto 2398 de 1986 expedido por el Gobierno Nacional y, aunque consideró que la norma era susceptible de la declaración de nulidad, pudo haber sido derogada por la nueva Constitución Política y, por tanto, en el alegato de conclusión, en ejercicio del derecho de petición en interés general, solicitó al Consejo de Estado se pronunciara" independientemente del resultado de la acción de nulidad ". (fol. 11).

Afirma que del texto de la sentencia, en su parte resolutiva, se deduce de manera "manifiesta y directa" la violación del derecho fundamental de petición, ya que se omitió un pronunciamiento al respecto y tampoco se analizó el contenido del concepto de la violación expuesto en la demanda. Concluye señalando que, "la Sentencia trató de impedir el ejercicio de mi derecho fundamental de participar en el control del poder público, violando entre otros, mi derecho fundamental de petición". (fl. 12).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Ha reiterado la Corporación en numerosas oportunidades que el artículo 40 del decreto 2591, en cuanto autoriza la acción de tutela contra providencias judiciales que pongan término a un proceso, es contrario al artículo 86 de la Constitución Política por cuanto "lo que instituyó en esencia como un mecanismo subsidiario y residual queda convertido en un instrumento adicional y subsiguiente de las acciones judiciales ordinarias, es decir, en una instancia más para el accionante vencido en proceso."

Así, en providencia de enero 29 del año en curso, expresó a este respecto:

> La acción de tutela, tal como aparece desarrollada en el decreto 2591, no corresponde al estado de derecho que consagra el artículo 1o. de la Constitución Nacional, pues desinstitucionaliza la administración de justicia duplicando las jurisdicciones, permitiendo la reapertura indefinida de litigios y socavando así uno de sus más firmes pilares: la certeza que imprimen las decisiones judiciales.
>
> Vista la contrariedad del decreto 2591 de 1991 con el precepto constitucional en cuanto consagra la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40), debe la Sala dar aplicación al artículo 4o. de la Constitución Política que la obliga en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley a aplicar las disposiciones constitucionales.
>
> Ello implica que, al aplicar el artículo 86 de la Carta, tenga que inadmitir la acción de tutela incoada contra la sentencia judicial en firme, que falló el proceso contencioso administrativo promovido por el mismo accionante para obtener el restablecimiento del derecho cuya tutela hoy

reclama." (Expediente AC-009. Actor: Jesús María Moreno Rodríguez. Consejero Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

Como tal es el caso del *sub-lite*, resulta forzoso inadmitir, por improcedente, la acción en referencia.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Inadmítese, por improcedente, la acción de tutela promovida por el señor ALVARO MURILLO GELVEZ contra la sentencia de agosto 13 de 1992, proferida por la Sección Primera de esta Corporación.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de septiembre de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Improcedencia/AUTONOMIA JUDICIAL/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tratándose del ejercicio de la acción contra una autoridad judicial, en este caso contra la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien debe gozar de independencia y autonomía para proferir sus providencias con arreglo al mandato del artículo 228 de la misma Constitución, no podría esta Sala impartir orden alguna. Vale decir, que por mandato constitucional, no puede existir autoridad alguna que pueda darle órdenes a los jueces. Ni siquiera, cuando el juez superior le revoca una decisión al inferior, por la potísima razón de que la responsabilidad civil, penal y disciplinaria que implicaría dictar una providencia judicial, no puede trasladarse, ni recaer en quien imparte la orden, porque no se trata de asuntos militares, en los que de conformidad con el artículo 91 de la Carta "la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". En consecuencia esta Sala, con fundamento en el artículo 4o. del mismo cuerpo constitucional, no puede aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 mencionado, por ser incompatible con los mandatos del artículo 228 de aquel ordenamiento, por lo cual ha de concluirse, que la acción de tutela contra providencias judiciales, es improcedente.

REVISION DE TUTELA- Efectos/CORTE CONSTITUCIONAL/ COMPETENCIA/CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia/ COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL/JURISPRUDENCIA

La facultad otorgada a la Corte Constitucional en el artículo 86 y el numeral 9o. del artículo 241 de la Constitución, es de naturaleza, regulación y objetivos diferentes al control jurisdiccional que para

la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución le asignan otras normas, no está obligada a observar la jurisprudencia de aquella Corporación, dictada en casos de revisión de fallos de tutela, pues, ella no le es obligatoria por expreso mandato del artículo 230 *ibídem*, en armonía con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, según el cual "las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto". Distinto fuera, sí la jurisprudencia hubiera sido producida en ejercicio de aquel control jurisdiccional, caso en el cual su jurisprudencia si es obligatoria, por hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, como lo ordena el artículo 243 *ibídem*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente Nº. 002-A Asuntos Constitucionales Actora : Autoboy S.A.

La sociedad AUTOBOY S.A., por intermedio de su representante legal que exhibió tarjeta profesional de abogado, promovió acción de tutela contra la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 3 de julio de 1992, por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por el INTRA y la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., COPETRAN y respecto de sus pretensiones se inhibió para pronunciarse de fondo en relación con la nulidad del Estudio número 09 de julio de 1988 de la División de Rutas y Horarios del INTRA y se denegaron las demás súplicas de la demanda.

La petición de tutela. En concreto se pide "disponer el otorgamiento de la ruta y horarios que le corresponden (a AUTOBOY S.A.) de conformidad con los resultados del estudio 09 de 1988 y lo dispuesto en los artículos 2, 10 y 11 del decreto 1183 de 1986 y que le fueron desconocidos por la Sentencia de la referencia." (paréntesis de la Sala).

Los hechos. Se relata que el INTRA publicó en un diario de la capital la solicitud que hizo la "Cooperativa Integral de Transportadores Omega Limitada" de cuatro horarios en la ruta Bogotá-Honda-La Dorada-Puerto Boyacá y viceversa, con determinadas características de frecuencia, tipo de vehículo, despacho directo y nivel de servicio.

Que la empresa AUTOBOY S.A., presentó propuesta para servir dos horarios "por sentido" en la mencionada ruta.

Que en el anexo número 2 del estudio técnico 09 de 1988 se indica que AUTOBOY S.A. tiene un cubrimiento de 248 kms., o sea el 100% de la ruta de origen-destino, lo cual le daba derecho a un total de 30 puntos; lo anterior por cuanto el INTRA, con fundamento en el decreto 493 de 1987, autorizó a AUTOBOY S.A. la prestación del servicio provisionalmente por 6 meses en la mencionada ruta; que los mencionados puntos no le fueron reconocidos, lo cual dio lugar a que AUTOBOY fuera ubicada en el tercer lugar, después de Expreso Bolivariano y Expreso Brasilia.

Que mediante la resolución 1579 del 10 de octubre de 1988, el INTRA autorizó a las empresas que ocuparon los puestos 1o., 2o., 4o., y 5o., la prestación del servicio en la ruta indicada, y en su artículo 4o., se negó a la accionante la propuesta que presentó; que contra dicha resolución se interpuso el recurso de reposición, cuya decisión fue confirmatoria.

Que en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho se impugnaron ante el Consejo de Estado, tanto el Estudio 09 de 1988 como las resoluciones principal y confirmatoria, acción que fue decidida por medio de la sentencia objeto de la presente acción de tutela.

Los derechos constitucionales fundamentales presuntamente violados. Se afirma que aquella sentencia transgredió los derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 16, 29 y 230 de la Constitución Política, expresándose a folio 82 a 86, las razones que le asisten a la accionante.

Para resolver,

SE CONSIDERA

1. Por mandato del artículo 86 de la Constitución Política, la protección de los derechos constitucionales fundamentales mediante la acción de tutela consistirá "en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo".

Consecuentemente, la ley dispuso que la sentencia que se dicte en esta clase de acciones debe contener, entre otros puntos, "La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela." (artículo 29 decreto 2591 de 1991).

2. Tratándose del ejercicio de la acción contra una autoridad judicial, en este caso contra la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien debe gozar de independencia y autonomía para proferir sus providencias con arreglo al mandato del artículo

228 de la misma Constitución, no podría esta Sala impartirle orden alguna. Vale decir, que por mandato constitucional, no puede existir autoridad alguna que pueda darle órdenes a los jueces. Ni siquiera, cuando el juez superior le revoca una decisión al inferior, por la potísima razón de que la responsabilidad civil, penal y disciplinaria que implicaría dictar una providencia judicial, no puede trasladarse, ni recaer en quien imparte la orden, porque no se trata de asuntos militares, en los que de conformidad con el artículo 91 de la Carta "la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

3. En consecuencia esta Sala, con fundamento en el artículo 4o. del mismo cuerpo constitucional, no puede aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 mencionado, por ser incompatible con los mandatos del artículo 228 de aquel ordenamiento, por lo cual ha de concluirse, que la acción de tutela contra providencias judiciales, es improcedente.

4. La Sala teniendo en cuenta, además, que la facultad otorgada a la Corte Constitucional en el artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución es de naturaleza, regulación y objetivos diferentes al control jurisdiccional que para la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución le asignan otras normas, no está obligada a observar la jurisprudencia de aquella Corporación, dictada en casos de revisión de fallos de tutela, pues, ella no le es obligatoria por expreso mandato del artículo 230 *ibídem*, en armonía con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991; según el cual "las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto". Distinto fuera, si la jurisprudencia hubiera sido producida en ejercicio de aquel control jurisdiccional, caso en el cual su jurisprudencia sí es obligatoria, por hacer tránsito a cosa juzgada constitucional, como lo ordena el artículo 243 *ibídem*.

Consecuentemente, la Sala declarará la improcedencia de la acción de tutela promovida por la sociedad AUTOBOY 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 improcedente la acción de tutela promovida por la sociedad AUTOBOY S.A.

Cópiese, notifíquese por vía telegráfica y remítase a la Corte Constitucional.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 1992.

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

CLUB MILITAR/SOCIO-Requisitos

Para ser admitido como socio efectivo del Club Militar se requiere: 1. ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en goce de pensión militar o de asignación de retiro; 2. Presentar solicitud de ingreso dentro del año siguiente a la fecha de retiro; 3. Ser aprobada la solicitud por la Junta Directiva. Armonizadas tales normas con lo dispuesto en el artículo 7o. literal g) del Decreto 0894 de 1978 (facultad discrecional de la Junta Directiva), se advierte sin esfuerzo que son tres los requisitos para el ingreso como socio efectivo y no dos solamente en el entendimiento de que, cumplidos estos, la aprobación resultaría automática. No contienen los estatutos del Club disposición alguna que establezca la obligación de admitir al aspirante a socio efectivo que satisfaga las dos primeras exigencias, excluyéndose la tercera que aparece prevista en el literal g) del artículo 7o. del Decreto 0894 de 1978. Cierto es que en ocasiones diferentes la Sala ha determinado que la admisión de socios es facultad reglada y no discrecional de la Junta Directiva. Pero tal cosa ha ocurrido en vigencia de normas que así lo definen.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº.1009 Reconstrucción-Unica Instancia Actor: Leoncio Rodríguez García.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A. anterior, el Capitán (r) de la Policía Nacional Leoncio Rodríguez García impetró de esta Corporación las siguientes declaraciones:

> "*Primera*: son nulas las Actas Nros. 232 y 234 de 16 de mayo y 14 de julio de 1983, respectivamente, proferidas por la H, Junta Directiva del Club Militar de Oficiales que negó el ingreso como socio efectivo de dicho Club al Capitán (r) LEONCIO RODRIGUEZ GARCIA Oficial de la Policía Nacional.
>
> *Segunda*: El Club Militar de Oficiales admitirá como socio efectivo al Capitán (r) de la Policía Nacional LEONCIO RODRIGUEZ GARCIA, y le expedirá el correspondiente carné que lo acredite como tal, (fol. 6).

De los hechos que se narran como fundamento de la acción, se destacan los siguientes:

1. El señor Leoncio Rodríguez García es oficial de la Policía Nacional con el grado de Capitán en uso de buen retiro y prestó servicios a la institución por un lapso a los 19 años.

2. En la actualidad goza de asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de la Policía Nacional, según resolución No. 0383 del 7 de febrero de 1983.

3. Fue retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno el 15 de abril de 1982, según decreto No. 1088 del 19 de abril de 1982.

4. En marzo 23 de 1983 el actor hizo solicitud para ingresar al Club en su calidad de socio efectivo en virtud de cumplir los requisitos legales, pero la institución le negó la admisión por el motivo de haber sido retirado del servicio activo "POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO" y por haber cometido "faltas graves que desprestigiaron la institución".

La primera motivación no es causal para ser rechazado y la segunda no es cierta ya que no existe sentencia disciplinaria o penal.

5. El actor siempre ha sido socio del Club Militar de Oficiales, antes por el hecho de ser oficial activo, ahora en su calidad de oficial retirado y estar en disfruta de asignación de retiro. De otra parte, el literal c) del artículo 14 del Decreto 262 de 1978 expresamente señala las causas por las que un socio pierde su calidad de tal y ninguna de ellas encuadra en el caso del actor.

6. Gozando de tiempo atrás de su *status* de socio, ningún acto administrativo lo ha separado del mismo y el acto acusado es arbitrario ya que es reglado y no discrecional. (Fols. 6-11).

Los actos enjuiciados obran a folios 1 a 4.

Como disposiciones violadas se invocan los Decretos Ejecutivos Nos. 262 de 1978, artículos 9o. y 14, del literal c); 894 de 1978, artículo 3o. y 1570 de 1978, artículo 4o., literal a), y de la Constitución Nacional entonces vigente los artículos 16, 17, 30 y 169.

En el concepto de la violación, que se desarrolla a folios 8 a 10, afirma el actor que el Club Militar es un establecimiento público creado por la ley y su objeto social es facilitar a los socios en actividad y en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional los medios para su recreación y el fortalecimiento de los vínculos de compañerismo.

La acusación se concreta en los siguientes términos:

"En el caso que nos ocupa la Ley dio un derecho a los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para ser socios EFECTIVOS con la condición de gozar de *pensión militar* o *asignación de retiro* y presenten solicitud de admisión, el actor reúne el anterior requisito pues está *disfrutando de asignación de retiro* a cargo de la Caja de Retiro de la Policía Nacional, según resolución No. 0383 de 1983 (enero 28), originaria del citado organismo, su conducta es excelente; luego el acto acusado es arbitrario, porque es contra la Ley y debe ser atemperado por las consecuencias de la Sentencia que se impetra" (Fols. 9-10).

Concluye que la Junta Directiva del Club está obligada a aprobar las admisiones porque el acto es reglado y no discrecional y que es un derecho propio del *status militar*, por lo que hay un desvío de poder que afecta el honor de Oficial del demandante que la Constitución protege y el acto desconoce y viola.

El concepto de la Fiscalía Quinta de esta Corporación es favorable a las pretensiones y se sustenta en los siguientes razonamientos:

"El Artículo 1o. del Acuerdo No. 026 del 13 de diciembre de 1977 de la Junta Directiva del Club Militar (Estatuto de Socios), aprobado por el Decreto No. 0262 del 13 de febrero de 1978, vigente por la fecha en que el demandante presentó su solicitud de ingreso al referido establecimiento, enseñaba: El Club Militar tendrá las siguientes categorías de socios:

- Honorarios.

- Activos.

- Efectivos.

- Temporales.

- Asociados.

- Juveniles.

A su turno, el artículo 4o. del Acuerdo No. 004 del 9 de junio de 1978, igualmente vigente por la fecha en que se hizo la petición a la administración resuelta en forma negativa para el actor, aprobado por el Decreto No. 1570 del 28 de julio de 1978, mediante el cual se modificó y adicionó el Acuerdo No. 026 de 1977, preceptuaba: "Son efectivos: a) Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de pensión militar o asignación de retiro. b) Las viudas de los Oficiales que sean socios en el momento de su fallecimiento.

Parágrafo.

Los casos contemplados en este artículo requieren solicitud previa, aprobada por la Junta Directiva, y presentada durante un lapso no mayor de un (1) año, contado desde la fecha de deceso o retiro del titular".

Agrega que de las normas anteriores se desprenden dos requisitos para que los Oficiales en retiro tengan acceso al Club:

1) Calidad de retirado,

2) Que se encuentren en goce de pensión o sueldo de retiro.

Culmina la vista fiscal expresando que el demandante acredita el lleno de tales requisitos y que el Club debe aceptarlo ya que su facultad es reglada y no discrecional. (fls. 92-94).

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985 y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Está acreditado en el proceso que el Capitán Leoncio Rodríguez García fue retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno el 15 de abril de 1982, según constancia del 9 de mayo de 1983 del Director General de la Policía Nacional (fl. 37).

Mediante Resolución No. 0383 del 28 de enero de 1983 de la Dirección de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le reconoció asignación de retiro a partir del 15 de julio de 1982. Allí se lee también que

el Oficial prestó sus servicios a la Institución por espacio de 19 años, 8 meses y 4 días. (fols. 39-40).

El Club Militar de Oficiales es un establecimiento público que tiene como objetivos facilitar los medios de recreación y fortalecer los vínculos de compañerismo de los Oficiales en servicio activo y en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (Art. 3º, Acuerdo Nº. 025 de 1977, Decreto 0894 de 1978).

Ahora bien, el artículo 7º -Literal g)- del citado estatuto señala que la aprobación o improbación de las solicitudes de ingreso al Club como socio es una *facultad discrecional* de la Junta Directiva.

Quiere ello decir, sin duda alguna, que no basta acreditar los requisitos estatutarios para que el ingreso al Club se produzca *ipso facto*, ya que la decisión final queda a criterio de la Junta Directiva.

El Decreto 0262 de 1978, aprobatorio del Acuerdo Nº. 026 de 1977, contempla varias categorías de socios, entre las cuales están las de *socios activos* y *socios efectivos*, la primera de ellas correspondiente a los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo: (Acuerdo 026 de 1977, art. 3º.).

El Acuerdo Nº 004 de 1978, aprobado por decreto 1570 de 1978, aclaró algunas normas y derogó otras del Acuerdo Nº 026 de 1977 sobre socios efectivos disponiendo, en su lugar, que serían socios efectivos los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de pensión militar o asignación de retiro mediante solicitud previa presentada dentro del año siguiente a la fecha del retiro y aprobada por la Junta Directiva.

De acuerdo con estos preceptos, para ser admitido como *socio efectivo* se requiere:

1. Ser Oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en goce de pensión militar o de asignación de retiro;

2. Presentar solicitud de ingreso dentro del año siguiente a la fecha del retiro;

3. Ser aprobada la solicitud por la Junta Directiva.

Armonizadas tales normas con lo dispuesto en el artículo 7º, literal g), del decreto 0894 de 1978 (Facultad Discrecional de la Junta Directiva), se advierte sin esfuerzo que son tres los requisitos para el ingreso como socio efectivo y no dos solamente en el entendimiento de que, cumplidos éstos, la aprobación resultaría automática.

No contienen los Estatutos del Club disposición alguna que establezca la obligación de admitir al aspirante a socio efectivo que satisfaga las dos primeras exigencias, excluyéndose la tercera que aparece prevista en el literal g) del artículo 7º del Decreto 0894 de 1978, aplicable al caso y que es del siguiente tenor:

"Artículo 7º .- *Funciones de la Junta Directiva* Son funciones de la Junta Directiva:

...

g) Aprobar o improbar *discrecionalmente* las solicitudes de admisión para ingreso como socio o asociado, y aplicar las sanciones disciplinarias que le asigne el respectivo reglamento".

Cierto es que en ocasiones diferentes la Sala ha determinado que la admisión de socios es facultad reglada y no discrecional de la Junta Directiva. Pero tal cosa ha ocurrido en vigencia de normas que así lo definen, que no es el caso del *sub-lite.*

Así pues, resulta incuestionable que la Junta Directiva, al actuar discrecionalmente en estas circunstancias, se ajustó a derecho.

En la demanda se invocan justamente los decretos ejecutivos 262 de 1978, aprobatorio del acuerdo 026 de 1977; 894 de 1978, aprobatorio del Acuerdo 025 de 1977, y 1570 de 1978, aprobatorio del Acuerdo 004 del mismo año, a los cuales se hace referencia en esta sentencia. El Decreto 894, que precisamente consagra la discrecionalidad de la Junta Directiva del Club Militar, es el que contiene los estatutos de la entidad.

Dados estos presupuestos, se impone la conclusión de que la decisión ha de ser adversa a las pretensiones del accionante.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión del día 2 de septiembre de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento

Al actor no le es aplicable el régimen del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, pues siempre estuvo laborando para el departamento y no de la Nación, máxime cuando las disposiciones en que se basó el Tribunal se encontraban derogadas por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, Además, la mencionada Ley establece expresamente las excepciones a su "regla general", al indicar que esta última no se aplica a "aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones" sin que sea válido entender que ésta sea solo aplicable a empleados con régimen especial, sino a los maestros docentes que no estén cobijados por la comúnmente conocida como ley de "nacionalización" del servicio docente oficial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia: Expediente Nº 4013 Autoridades Departamentales (Apelación sentencia 21 de noviembre de 1988, Tribunal Administrativo de Nariño). Actor :Milton Libardo Villareal Paredes.

Corresponde a la Sala decidir acerca del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 21 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño por medio de la cual fueron denegadas las peticiones que formuló el señor Milton Libardo Villareal Paredes tendientes a obtener

el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación que le corresponde, del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de ese departamento.

El fundamento central del proveído a-quo para fallar en la forma que lo hizo es el siguiente:

"Es verdad que en el proceso cursan las Certificaciones expedidas por las autoridades respectivas y referentes al tiempo de servicio, de las cuales se establece ciertamente que el señor Milton Libardo Villareal Paredes, trabajó al servicio del departamento por un tiempo superior a los veinte (20) años; mas sin embargo el decreto 3135 de 1968 en su artículo 27 impide al Tribunal hacer un pronunciamiento favorable puesto que este decreto fijó la edad de cincuenta y cinco (55) años varones (sic) y veinte años de servicios continuos o discontinuos como requisito para adquirir el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, como bien lo anota el señor agente del Ministerio Público."

Transcribe el Tribunal el concepto fiscal y continúa:

"Conviene aclarar sin embargo, que el Fondo Prestacional ciertamente guardó silencio en cuanto a la pretensión del actor. Pero como existe la falla anotada, la súplica central para declarar la nulidad del acto ficto o presunto no podrá decretarse favorablemente. Pues, falta un elemento esencial, que está traducido en el no cumplimiento de una exigencia legal, como es el de no tener el peticionario la edad requerida para jubilarse.

Lo anterior es tan claro que hace innecesario abundar en más consideraciones, para llegar a la conclusión de que no le asiste al actor, el derecho que invoca."

DEL RECURSO

Los argumentos del recurrente para disentir de la providencia apelada son:

1o.- No se tuvo como base para proferir el fallo el numeral 6o. del artículo cuarto de la ley 114 de 1913 que dice: "Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa..." es decir, la edad para jubilarse es la de cincuenta años. Norma especial aplicable a los maestros.

2o.- No existe derogación expresa del numeral 6o. del artículo 4o. de la Ley 114 de 1913 , puesto que la derogatoria establecida en el artículo 43 del decreto 3135 de 1968, se refiere a los empleados públicos y

trabajadores oficiales no sometidos a régimen especial y en el presente caso se trata de un empleado público de régimen especial.

3o.- No se tomó como base para el fallo el artículo 3o. del decreto 2277 de 1979 que dice: "Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial."

4o.- No se tomó en cuenta el artículo 70 del decreto 2277 de 1979, que establece: "El reconocimiento y pago de las pensiones continuarán sometidas al régimen especial..." es decir, que el reconocimiento y pago para el sector del magisterio será de conformidad con el numeral 6o. del artículo 4o. de la ley 114 de 1913."

5o.- Teniendo el magisterio reglamentación especifica para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, ésta prevalece sobre las normas generales, puesto que lo especial prima sobre lo general y en derecho laboral la norma más favorable para el trabajador prevalece sobre la menos favorable."

6o.- En reiterados falos (sic) el Honorable Tribunal Administrativo de Nariño, ha reconocido la validez de la reglamentación especial para el reconocimiento de las prestaciones sociales para el magisterio, y por ello, aplicando la ley 114 de 1913, ha condenado a la entidad demandada Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño a reconocer y pagar pensión vitalicia de jubilación a favor de los maestros que hubieren servido veinte (20) años o más en el sector oficial y que posean (sic) cincuenta (50) años de edad o más, sin diferenciar sexos."

7o.- La entidad demandada mediante Resolución Administrativa está reconociendo por vía administrativa, pensión de jubilación para los maestros de ambos sexos con veinte a más años de servicio y cincuenta años de edad, lo que viene ocurriendo hasta la fecha y lo puede certificar la misma entidad.

DEL CONCEPTO FISCAL

La Agencia Fiscal del Ministerio Público ante esta Corporación considera que la sentencia debe revocarse y en su lugar proferir un fallo inhibitorio, porque "en el libelo se plantea la configuración del silencio administrativo respecto de la petición que hiciera el demandante al Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, sin haber interpuesto recurso alguno contra el acto ficto, de conformidad con lo ordenado en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo numeral 3o. que disponía que para acudir a esa jurisdicción, es necesario que haya

operado el fenómeno del silencio administrativo, con relación a los recursos interpuestos, mas no frente a la petición inicial."

No encontrándose causa que pueda invalidar la actuación,

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1.- Ha de atender la Sala, antes que todo, las observaciones que la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado ha hecho al descorrer el traslado y como resultado surgirá la procedencia o no del análisis del aspecto de fondo debatido.

Afirma el Concepto Fiscal, que al no haberse interpuesto recurso alguno contra el acto ficto del Fondo Prestacional de Nariño, no se dio cumplimiento al numeral 3. del Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, que exigía que el fenómeno del silencio administrativo operara con relación a los recursos interpuestos, mas no frente a la petición inicial. Y si bien esta afirmación fue válida anteriormente, cuando en los casos contemplados en la ley, se exigía la interposición de recurso contra el acto ficto, al entrar en vigencia el decreto 2304 de 1989, los aspectos relacionados con el silencio administrativo y el debido agotamiento de la vía gubernativa, han sufrido una modificación sustancial, de aplicación inmediata, por tratarse de normas de carácter procedimental.

Distinguió el decreto 2304 dos situaciones diferentes, dependiendo del origen de la actuación de la administración. Si ésta obedece a un acto expreso de la administración, contra el cual proceden los recursos de ley, para el silencio Administrativo, habrá que acudir al artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que después de transcurridos dos meses desde la fecha de interposición del recurso, sin que haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá negado el recurso por silencio administrativo, con la consecuencia de la pérdida de la competencia de la administración para resolverlos.

Por otra parte, si en ejercicio del derecho de petición, eleva el particular una petición a las autoridades, cuando dentro del plazo de dos (2) meses, no hay pronunciamiento de la administración, la norma a aplicar es el nuevo artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, que corresponde al 1o. del decreto 2304 de 1989, que dispone, que además del silencio administrativo negativo, ocurre la "pérdida de competencia para resolver la petición". Expresamente dispuso el decreto de modificación el Código que "Contra los actos presuntos, provenientes del silencio administrativo, no procederá ningún recurso por la vía gubernativa."

La anterior distinción se armoniza con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo (art. 22 del decreto 2304 de 1989), que al referirse

al agotamiento de la vía gubernativa como requisitos para la posibilidad de la demanda, dispuso: "El silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa", eliminando así el requisito existente antes de su vigencia.

Y aunque el acto ficto objeto de la presente demanda, tuvo ocurrencia antes de la reforma introducida por el decreto 2304 de 1989, se dará aplicación al artículo 40 de la ley 153 de 1887, que dispone que las leyes concernientes a ritualidades y sustanciaciones son de aplicación inmediata y que por tanto, en el momento en que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, debiendo acomodarse a la nueva forma establecida y asumiendo las consecuencias que el cambio introducido puede representar para las partes. En consecuencia, como en el momento de avocar el conocimiento se encuentra en vigencia la nueva ley procesal, se dará aplicación a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 22 del decreto ley 2304 de 1989 y no exigir, como presupuesto para la procedencia en la demanda, el previo agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto al aspecto de fondo, se tiene:

El señor MILTON LIBARDO VILLAREAL PAREDES, a través de apoderado, solicita de la jurisdicción el restablecimiento del derecho que considera conculcado, al denegárselo tácitamente el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, en cuanto atañe al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación. En la decisión objeto de la apelación, el Tribunal del Departamento aludido negó las peticiones de la demanda al considerar que, si bien cursan en el proceso las certificaciones que demuestran que el actor trabajó al servicio de esa sección territorial del país por un término superior a veinte (20) años, uno de los requisitos para obtener el derecho, no se da, cual es el de la edad, al tenor del art. 27 del decreto 3135 de 1968, que demarca la de cincuenta y cinco (55) años para los varones. Echó de menos, entonces, un elemento esencial para el reconocimiento prestacional cual era de la edad mínima requerida para jubilarse.

Mas se trata de un maestro, es decir, un docente, que desde el 14 de enero de 1960 laboró en escuelas rurales en diversos sitios de Nariño, hasta 1986, completando hasta entonces veintiséis años, 6 meses y 12 días, siempre al servicio del ente territorial mencionado (ver fls. 7 y 8). Según la partida eclesiástica de bautismo obrante a fol. 6, el señor Villareal Paredes nació en Ipiales el 22 de noviembre de 1936. O sea que, para la fecha en que elevó la solicitud -23 de abril de 1987- tenía cincuenta y un (51) años de edad.

Por consiguiente, para efectos de la pensión vitalicia de jubilación le es aplicable, como educador departamental que fue, el régimen previsto en el art. 17, numeral b) de la ley 6a. de 1945, citada, entre otras disposiciones invocadas en el libelo demandatorio, que a la letra dice:

"Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero hayan llegado o lleguen a los 50 años de edad. después de 20 años de servicio continuos o discontinuos, equivalentes a las dos terceras partes del sueldo o jornales devengados..."

Al señor Villareal Paredes no le es aplicable el régimen del art. 27 del decreto 2135 de 1968, pues siempre estuvo laborando para el departamento y no de la Nación, máxime cuando las disposiciones en que se basó el Tribunal se encontraban derogadas por el art. 25 de la ley 33 de 1985. Además, la mencionada ley establece expresamente las excepciones a su "regla general", al indicar que ésta última no se aplica a "aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones" sin que sea válido entender que ésta sea sólo aplicable a los empleados con régimen especial, sino a los maestros docentes que no estén cobijados por la comúnmente conocida como ley de "nacionalización" del servicio docente oficial.

De suerte, pues, no obstante que en la sustentación del recurso, el apelante se refirió a la ley 114 de 1913 como rectora del "régimen especial", dado que la demanda es el marco que guía el proceso, la Sala revocará la sentencia del Tribunal de Nariño y accederá a las súplicas 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:

Revócase la sentencia de 21 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Ordénase al Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño, el reconocimiento y pago al demandante, de la pensión de jubilación vitalicia a que tiene derecho, bajo las condiciones señaladas en la sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN PARA SU CUMPLIMIENTO.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos; Secretaria.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Improcedencia/**MEDIOS ILEGALES**-Inexistencia

La Dirección General del Trabajo asimila a "medios ilegales" los errores de interpretación de la ley en que, en su sentir, incurrió el funcionario que profirió el acto, apreciación equivocada, pues en la expresión "medios ilegales" del artículo 73 del C.C.A. aparece implícita la noción de actuaciones o maniobras ilegítimas que vicien la voluntad administrativa como podrían ser la fraudulenta inducción en error, la fuerza o el dolo. El simple error en la interpretación o aplicación de la ley haría revocable el acto si la contrariedad es manifiesta, pero con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Si no es manifiesta la contrariedad o no se obtiene el consentimiento del titular, sólo procede la declaratoria de su nulidad por la jurisdicción contencioso administrativa. De manera que para el error pueda subsanarse mediante la revocatoria directa, aún en contra de la voluntad del afectado, debe aparecer evidente que la situación jurídica que reconoció el acto se obtuvo por "medios torticeros", pues sólo entonces podría afirmarse que el derecho no merece protección por carecer de justo título. Como el acto acusado no hace mención alguna a que ASOMAR haya utilizado como medio tortífero alguno para obtener la decisión administrativa a su favor, aparece claro que el acto contrarió el artículo 73 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 2098 Resoluciones Ministeriales Actor : Asociación de Marinos Profesionales. "ASOMAR".

La Asociación de Marinos Profesionales "ASOMAR", mediante apoderado, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad de la resolución No. 00475 de febrero 20 de 1986, expedida por el señor Director General del Trabajo, y que, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, " se declare que la ASOCIACION DE MARINOS PROFESIONALES "ASOMAR" y no la ASOCIACION NACIONAL DE OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA "ASOMMEC" tenía la representación de los oficiales de la Marina Mercante Colombiana y en general de los trabajadores de la empresa LINEAS AGROMAR LTDA, para suscribir a nombre de aquellos la Convención Colectiva celebrada con la referida empresa." (folio 31).

En el libelo se señalan como disposiciones violadas con el acto administrativo impugnado los artículos 69,70,73 y 26 de la Constitución Política anterior; 357 del Código sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 26 del decreto 2351 de 1965 y artículo 3 numeral 5 de la ley 48 de 1968 (Folios 36 a 44).

Expone el concepto de la violación la parte, manifestando que en el caso sub-lite el funcionario no procedió de oficio y tampoco actuó a solicitud de parte, pues los peticionarios fueron terceros ajenos a la controversia que carecían de interés jurídico para solicitar y tramitar la revocatoria; que a petición de parte no puede pedirse la revocatoria directa cuando el peticionario ya agotó los recursos de la vía gubernativa; que el fundamento del acto enjuiciado constituye una clara burla a la ley y a la seguridad jurídica emanada de los actos administrativos en firme, pues se facilita a cualquier persona, aun cuando carezca de interés solicitar la revocatoria, so pretexto de que no agotó la vía gubernativa; que la resolución impugnada no podía ser revocada sin el consentimiento escrito de la entidad demandante; que la interpretación dada por el acto acusado del inciso 2o. del artículo 73 del C.C.A. es contraría a derecho, pues cuando esta norma se refiere a la expedición del acto por medios ilegales, está haciendo relación a que el acto hubiera sido obtenido contra la voluntad del funcionario por medio de presiones indebidas, como son los casos de cohecho, colusión, fuerza etc.; que de todas formas el funcionario debió adelantar la correspondiente actuación administrativa de conformidad con lo estatuido en los artículos 28 y concordantes del C.C.A., lo cual significaba citar legalmente a " ASOMAR ", comunicándole la existencia de la actuación, permitirle la petición de pruebas y darle la oportunidad de exponer sus opiniones; que no obstante lo anterior el funcionario procedió de plano a decretar la revocatoria contrariando el derecho de defensa de la entidad demandante, consagrado en el artículo 26 de la Carta de 1886;

que en el proceso se demostró que "ASOMAR" agrupaba no sólo más de la mitad más uno de los trabajadores de LINEAS AGROMAR S.A., sino además que ASOMMEC no agrupaba el 75% de los agremiados, que en este evento no son únicamente los oficiales sino todos los vinculados a la actividad marítima; que aunque se aceptara que los oficiales forman un gremio aparte, bajo el supuesto de admitir un clasismo sindical que la ley no establece, se tiene que según la investigación realizada " ASOMAR " tenía 36 oficiales y " ASOMEC " 67, para un total de 103, es decir, que no alcanzaba al 75%, ya que sólo tendría el 65.04%; que el funcionario encontró que 16 oficiales pertenecían a los dos sindicatos, razón por la cual debió excluirlos acorde con lo dispuesto en el artículo 360 del Código Sustantivo del Trabajo que prohibe ser miembros de dos sindicatos de la misma clase o actividad; que de ninguna manera podía considerarse la primera afiliación contrariando la voluntad del trabajador y lo señalado en el artículo 358 del citado código; que admitiendo la hipótesis más favorable a "ASOMEC" apenas reuniría 69.07% ; que lo que importa es el número de oficiales que laboraban en los buques y que fue establecido en 103, independientemente de la composición interna de la tripulación de cada motonave; que " ASOMAR " como sindicato mayoritario tenía la representación de los trabajadores para efectos de la negociación colectiva, según el artículo 26 numeral 2 del decreto 2351 de 1965, como lo reconocieron las resoluciones iniciales proferidas por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social; que aparece también claro que el funcionario incurrió en falsa motivación, pues partió del supuesto que los actos habían sido obtenidos por medios ilegales y por consiguiente resultaba conducente la revocatoria directa sin el consentimiento del titular, lo cual no es cierto; que el funcionario actuó con desviación de las atribuciones que le concede la ley, cuyo objetivo era el de esclarecer cuál era el sindicato que representaba a los trabajadores de Líneas Agromar S.A., en la negociación colectiva, pero no la de quitarle el derecho de asociación a " ASOMAR " a la cual legítimamente le correspondía su ejercicio.

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional de la resolución impugnada, la cual fue decretada mediante auto de septiembre 23 de 1986 (folios 51 a 57).

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó que las súplicas del escrito demandatorio están llamadas a prosperar, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos planteados en la providencia que accedió a la suspensión provisional de la resolución acusada (folio 82).

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

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso sub-lite la legalidad de la resolución No. 00475 de febrero 20 de 1986, dictada por el Director General del Trabajo, mediante la cual se dispuso:

> "*ARTICULO PRIMERO*: Revocar la Resolución No. 0002 de enero 11 de 1985, de acuerdo con la causal prevista en el numeral 1o. del artículo 69 del Decreto 0001 de 1984 y en su defecto declarar que la ASOCIACION NACIONAL DE OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA "ASOMMEC", tenía la representación de los Oficiales de la Marina Mercante Colombiana, trabajadores de la empresa " LINEAS AGROMAR S.A.", para suscribir en nombre de estos la convención colectiva que la referida empresa celebró con la ASOCIACION DE MARINOS PROFESIONALES " ASOMAR ". (folio 26).

Según la parte considerativa de la resolución impugnada (folio 22), la resolución revocada, No. 00002 de enero 31 de 1985, declaró que " ASOMAR" tiene la representación para la negociación colectiva con la Empresa Líneas Agromar S.A., por reunir más del 75% de los trabajadores de dicha empresa, decisión administrativa confirmada en la vía gubernativa a través de las resoluciones Nos. 00016 de marzo 28 y 02101 de julio 9 del citado año, que creó una situación jurídica de carácter individual y a favor de la asociación sindical " ASOMAR ".

El artículo 73 del Código Contencioso Administrativo dispone que cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, salvo cuando resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo y se den las causales previstas en el artículo 60 ibídem, o *si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.* (subraya la Sala).

La resolución acusada invoca como fundamento para decidir la revocatoria sin obtener el consentimiento expreso de la organización sindical titular de la situación jurídica, el hecho de que el acto " ocurrió por medios ilegales ", conclusión a la que llega luego de expresar:

> " La División de Relaciones Colectivas del Trabajo para proferir la Resolución 00002 de Enero 31 de 1985, juega con dos conclusiones: una, que "ASOMAR " tiene el 75% de los trabajadores de la empresa, otra que, "ASOMAR" cuenta con el 75% de los trabajadores de la misma profesión oficio o especialidad. Pero, a esta última conclusión no podía llegar dicha División pues la investigación adelantada en Barranquilla muestra y concluye que " ASOMAR " contaba con el 75%

de los trabajadores de la empresa, pues los datos que se manejaron para la conclusión se referiría a la totalidad de trabajadores y afiliados a los sindicatos, sin distinguir los oficiales de la Marina Mercante, trabajadores de "LINEAS AGROMAR".

Se observa que la Jefatura de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo desató la controversia teniendo como base el total de los trabajadores de LINEAS AGROMAR, y no como debió hacerlo, con base en el número de OFICIALES DE LA MARINA MERCANTE afiliados a cada sindicato y que trabajaban a la fecha del conflicto en la empresa "AGROMAR" (folio 23).

Es evidente entonces que la Dirección General del Trabajo asimila a "medios ilegales" los errores de interpretación de la ley en que, en su sentir, incurrió el funcionario que profirió el acto, apreciación equivocada, pues en la expresión "medios ilegales" del artículo 73 del C.C.A. aparece implícita la noción de actuaciones o maniobras ilegítimas que vicien la voluntad administrativa, como podrían ser la fraudulenta inducción en error, la fuerza o el dolo.

El simple error en la interpretación o aplicación de la ley haría revocable el acto si la contrariedad es manifiesta, pero con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Si no es manifiesta la contrariedad o no se obtiene el consentimiento del titular, sólo procede la declaratoria de su nulidad por la jurisdicción contencioso administrativa.

De manera que para que el error pueda subsanarse mediante la revocatoria directa, aun en contra de la voluntad del afectado, debe aparecer evidente que la situación jurídica que reconoció el acto se obtuvo por "medios torticeros", pues sólo entonces podría afirmarse que el derecho no merece protección por carecer de justo título.

En proceso anterior, al analizar el mismo punto de derecho, la Sala expresó:

" De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el artículo 69 del C.C.A., según el cual " Los actos administrativos *deberán* ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores..." porque indudablemente se da la primera de las causales que dan lugar a la revocatoria directa. A juicio de la Sala, esta interpretación consulta los principios constitucionales y además constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos.

Obviamente sólo en el caso de los actos provenientes del silencio administrativo positivo, cuando se dan las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A. y cuando el titular del derecho se ha valido de medios ilegales para obtener el acto, puede revocarse directamente sin su consentimiento expreso y escrito; no cabe este proceder, cuando la administración simplemente ha incurrido en error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho. En ese caso, estará obligada a demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo "(Expediente No. 4260-Actor: Héctor Corrales Gómez-Magistrada Ponente: Doctora Clara Forero de Castro, sentencia mayo 6 de 1992).

Y como el acto acusado no hace mención alguna a que ASOMAR haya utilizado medio torticero alguno para obtener la decisión administrativa a su favor, aparece claro que el acto contrarió el artículo 73 del C.C.A., como lo evidenció prima facie la Sala Unitaria en el auto que ordenó la suspensión provisional de la resolución, en el que se dijo:

" Según dicho acto administrativo, procedía la revocación directa de la Resolución 00002 de 31 de enero de 1985, pues ella " se opone a la ley, toda vez que la decisión contradice los hechos que la motivaron, como fueron los constatados en la investigación de la División Departamental del Trabajo del Atlántico, en razón a que ellos no mostraban que el sindicato " ASOMAR " reuniera el 75% de los oficiales de la Marina Mercante de la empresa LINEAS AGROMAR S.A., sino la mayoría de los trabajadores de la misma" (fol. 23).

El artículo 73 del decreto extraordinario 01 de 1984 es del siguiente tenor:

'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 causas 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 incidan en el sentido de la decisión'

La resolución impugnada se fundamenta en que es evidente que la providencia revocada ocurrió por medios ilegales. Pero al paso que

para dicha resolución esos medios consisten en una errónea o torcida interpretación de las pruebas o desfiguración de los hechos en la providencia revocada, en suma, en la contradicción de esta última con aquéllos, para la norma transcrita tales medios afectan la expedición del acto, por cuanto se basa en la hipótesis de que se profirió o se obtuvo ilegalmente; por ejemplo, en virtud de maniobras fraudulentas o de hechos que constriñen la voluntad, como el cohecho o la violencia.

De suerte que resulta evidente que no se daban las condiciones establecidas en el artículo 73 del decreto extraordinario 01 de 1984 para la revocación directa de un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, sin que medie el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Por lo tanto, la providencia acusada viola en forma ostensible el artículo 73 del C.C.A., además de que es indiscutible que causa perjuicios a la actora, requisitos exigidos por el artículo 152 del mismo estatuto para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo respecto del cual se ejerce la acción de restablecimiento del derecho. Por lo demás, la medida se solicitó y sustentó de modo expreso y la suspensión no está prohibida, en este caso, por la ley.

Procede entonces la suspendida provisional del acto acusado, sin necesidad de examinar los otros cargos que le hace la demandante." (folios 55 y 56).

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 la nulidad de la resolución No. 00475 de 20 de febrero de 1986, proferida por el Director General del Trabajo, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiséis (26) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO-Improcedencia

El demandante no dejó de concurrir al sitio de su trabajo durante todos los días indicados en la Resolución demandada (18 al 22 de enero de 1988), y sólo lo hizo los días 21 y 22 de dicho mes. Consiguientemente, fuerza concluir que en el *sub-lite* no se configuró el abandono de cargo por haber fallado el accionante tres días consecutivos a su trabajo, como se afirma por la autoridad nominadora en el acto por el cual declaró la vacancia del cargo que ocupaba, puesto que únicamente no se presentó a la Universidad dos días, según el informe oficial mencionado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente : *Doctora: Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. 3895 Apelación Sentencia. Actor: Humberto Toro Valencia

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto tanto por la entidad demandada como por el actor contra la sentencia de 8 de Octubre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por Humberto Toro Valencia contra la Universidad del Quindío y el Doctor Carlos Alberto Echeverry Peláez en su condición de rector de la mencionada institución, expedidor del acto acusado.

ANTECEDENTES:

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo mencionado, el señor Humberto Toro Valencia solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 0026 de 28 de Enero de 1988 de la Universidad del Quindío, por la cual se declaró la vacancia del cargo de técnico de laboratorio adscrito al programa de física de ese centro educativo que el actor venía desempeñando y que como consecuencia de tal declaración, se disponga su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, funciones y remuneración, el pago por parte de la Universidad demandada y del Doctor Carlos Alberto Echeverry Peláez de los sueldos y prestaciones legales dejados de devengar desde el día en que fue retirado del servicio y aquel en que se produzca su reintegro y se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Al fundamentar sus pretensiones el accionante narró que ingresó al servicio docente el 1o. de Enero de 1970, para desempeñar el cargo de docente dentro del campo de física experimental confiándosele el laboratorio del área para diseñar las prácticas docentes; que en Enero de 1972 la División de Ciencias de la institución lo clasificó como profesor asistente I, funciones que cumplió durante diez y ocho años; que a pesar de lo anterior, por Resolución No. 020 de 1973 fue trasladado del cargo de técnico de laboratorio pero continuó con las funciones docentes que desde el principio se le habían asignado, cargo este último que fue suprimido mediante acuerdo del 1o. de Enero de 1975, pero respecto del cual se predicó el abandono, dando lugar a su separación del servicio por vacancia del mismo.

Por considerar que no se configuró el abandono del cargo, pues de acuerdo con las pruebas obrantes en autos el actor asistió a la Universidad en los días a que se contrae la Resolución acusada, el Tribunal declaró la nulidad de ésta y dispuso el reintegro del demandante al cargo del cual fue removido y al pago de los sueldos y demás prestaciones que por motivo de la vacancia del empleo que desempeñaba dejó de percibir hasta cuando se produzca su reintegro al servicio público.

Empero, el *a-quo* por considerar que no se acreditó que los daños causados al actor con la expedición irregular de la Resolución No. 026 de 1988, se produjeran por culpa o dolo del funcionario que la expidió, se abstuvo de condenar al doctor Carlos Alberto Echeverry Peláez, en su condición de rector de la Universidad del Quindío, a pagar de manera conexa y solidaria con ésta, los sueldos y prestaciones legales dejados de devengar por el señor Toro Valencia.

Al impugnar la sentencia la parte actora manifiesta su inconformidad con la decisión del Tribunal adversa a la condena solidaria del doctor Carlos Alberto Echeverry Peláez a que se hizo referencia, puesto que "si el Sr.

Rector de la Universidad del Quindío sabe "*leer y escribir*", razona y pudo previamente examinar la misma prueba documental aportada por mi al proceso, amén de que está asesorado de un ABOGADO que se dice es competente e idóneo y, de otra parte, gozaba de libertad intelectual y poder administrativo para producir o no el acto impugnado en la demanda, es loable y permisivo para que una Sala de Decisión de un Tribunal califique su actuación "...de buena fe", "...era fidedigna y que le deba base para tomar la decisión que adoptó....?" (Fol.264) y, consiguientemente solicita que se le condene en forma solicitada en el libelo." (folios 263 a 265).

Por su parte, la Universidad del Quindío al recurrir el fallo, señala que, contrariamente a lo aseverado por el *a-quo*, la hoja de vida del accionante, en la cual no reposa certificación sobre su clasificación como docente, y la resolución 2041 de 1987 que fijó el período vacacional del personal administrativo entre el cual figura el señor Toro Valencia, demuestran que éste si ostentaba el carácter de funcionario del orden administrativo de la Universidad del Quindío.

De otra parte, resalta el apoderado de la entidad demandada que "cualesquiera que hubiera sido la vinculación del señor Toro Valencia, el Alma Mater, ora como funcionario administrativo o bien como docente, su no reintegro después de la vacancia mencionada en la Resolución según lo demuestran los certificados y pruebas documentales expedida por las autoridades competentes de la Universidad y acercadas con la contestación de la demanda y legalmente producidas como probanzas, son actos administrativos con suficiente valor probatorio, que demuestran cómo el nominador no incurrió en una falsa motivación por cuanto tal ausencia durante los días señalados en la Resolución atacada conduce a la declaratoria de la vacante del cargo por cuanto ésta se produjo", pues el artículo 124 del Estatuto Administrativo de la Universidad, establece que el abandono del empleo se produce cuando un empleado sin justa causa no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisiones, etc., o cuando deje de concurrir al Trabajo por tres días consecutivos, lo que permite a la autoridad nominadora declarar la vacancia del empleo o iniciar el proceso disciplinario correspondiente.

Y termina reprochando al fallador por acoger los planteamientos del demandante "en el sentido de que existió de por medio una falsa motivación para sustentar el acto administrativo contenido en la Resolución 026 del 28 de Enero de 1988 sin considerar ni siquiera en forma somera las pruebas aportadas con la contestación de la demanda y que son documentos públicos amparados con el alcance probatorio de los artículos 272 y 264 del Código de Procedimiento Civil". (folio 269)

Se refiere luego a los documentos aportados con la contestación de la demanda demostrativos de la inasistencia del accionante al trabajo,

una vez fenecieron sus vacaciones, al hecho de que en la misma sentencia se "admite que al producirse el acto administrativo no se violó ninguna de las normas invocadas por el autor y las razones o motivaciones que le asistieron al nominador, por estar respaldadas en documentos públicos, no controvertidos y con el valor probatorio analizado no alcanzan a ser desvirtuados con las declaraciones de los testigos recibidas en el período probatorio los cuales si se analizan a la luz de la sana crítica del testimonio, no tiene ni la eficacia ni la credibilidad ni la responsabilidad para llegar a convencer al Magistrado de lo que con este medio se ha pretendido demostrar." (folio 270)

La Fiscalía Cuarta de la Corporación al descorrer el traslado para la vista fiscal expresó:

"Como en la demanda que determinó la sentencia se acumularon indebidamente dos pretensiones: la de restablecimiento del derecho de carácter laboral (art. 85 C.C.A.), y la reparación directa (art. 86 ibídem) con apoyo en la previsión del art. 77 ibídem, el fallo de mérito recurrido debe ser revocado y, proferirse fallo inhibitorio."

Cumplido el trámite del recurso de alzada y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En primer lugar, es preciso anotar que la solicitud de la Agencia del Ministerio Público relacionada con la revocación del fallo denegatorio de las súplicas de libelo, para sustituirlo por un pronunciamiento inhibitorio en razón de haberse acumulado indebidamente las acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral (art. 85 del C.C.A.) y la de reparación directa (art. 86), con apoyo en las previsiones del artículo 77 *ibídem*, no tiene cabida en el *sub lite*, porque de las previsiones del citado artículo 85 en armonía con los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, surge con claridad que una acción de restablecimiento del derecho se puede dirigir contra la entidad, o el funcionario que profirió el acto, o contra ambos, y que si ésta prospera y se considera que el funcionario debe responder, la entidad que es quien debe satisfacer los perjuicios, repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

No es viable, entonces, acoger la sugerencia de la Fiscalía Cuarta de la Corporación.

Dilucidado lo anterior, la Sala observa que de conformidad con el Acuerdo No. 248 de 19 de Diciembre de 1974, al señor Humberto Toro Valencia se le designó como auxiliar de docencia, adscrito al Departamento

de física de la Universidad del Quindío "con funciones también de Enseñanza en la parte práctica de asignaturas que dependan de dicho departamento" (folio 9 cuad.No.1) y que, según la resolución No. 2041 de 9 de Diciembre de 1987 por medio de la cual se fijaron las fechas y se concedieron vacaciones al personal administrativo de la Universidad demandada (folio 23 a 28 cuad.No.2), el señor Toro Valencia se le consideraba como funcionario administrativo, hecho que éste acepta en el libelo (folio 20 cuad.1). Por tanto, se evidencia que las vacaciones que por medio de la resolución citada se le concedieron, vencieron el 15 de Enero de 1988, sin que ello implique desconocer que, como auxiliar de docencia, ejercía actividades docentes.

De otra parte, según reza la resolución No. 0026 de 1988, la separación del servicio del actor, obedeció al hecho de no presentarse a cumplir con sus labores que le correspondían como empleado administrativo durante los días comprendidos entre el 18 y 22 de enero de 1988, por lo que se configuró el abandono del empleo, en virtud de que sin justa causa dejó de concurrir al trabajo por tres días consecutivos, según voces del artículo 124 del Estatuto Administrativo. (Acuerdo 056 de 1984 folio 2 cuad.No.2).

Para desvirtuar la anterior aseveración de la administración, el demandante solicitó la recepción de los testimonios de Duván Santos Henao, físico de profesión, docente de la Universidad del Quindío desde 1970, de Edgar Salazar Ríos, técnico de mantenimiento en la universidad, compañero del señor Toro Valencia en el laboratorio de física, de César Armando López Valderrama y de Rogerio Hoyos Tobón.

Los dos primeros, al ser interrogados sobre la asistencia del demandante a la Universidad del Quindío durante el lapso a que se refiere el acto impugnado, en su orden respondieron: "Personalmente me consta que estuvo durante ese período en la Universidad del Quindío, constantemente me entrevisté con él en la sede del sindicato de la Universidad y en el cubículo que compartimos como profesores, ambos del Departamento de Física, durante cada uno de esos días. No es más." Y "durante esos días en varias oportunidades estuve intercambiando con él diferentes problemas técnicos, en el cubículo que tiene asignado él en la universidad. Se puede decir que todos los días del 18 al 22 de Enero de 1988 yo lo vi a él en la universidad, como dije, en el cubículo." (Fol.3 cdn.3)

El señor César Armando López Valderrama, quien afirma haber sido profesor de la Universidad hasta 1984 y por eso frecuenta el claustro docente, sostiene que no es cierto que el accionante no concurriera al lugar de trabajo, pues "me consta que no es cierto, ya que durante esos días estuve haciendo diligencias personales dentro de las dependencias de la Universidad del Quindío y, por tal motivo, tuve la oportunidad de entrevistarme durante esos días en el sitio habitual de su trabajo, como es, el cubículo personal y las dependencias de los laboratorios de física". (folio 5 Cdno No. 3)

El señor Hoyos Tobón asevera "que en esos días 18, 19, 20, 21, 22 y 23 inclusive de Enero de este año, en veces por la mañana y en veces por la tarde, me tocó asistir a su cubículo u oficina de la universidad, para tratar asuntos tanto de la campaña política preelectoral de este año, como asuntos de acción comunal muy importantes que tienen que ver con las anomalías y daños de las calles de nuestro barrio, o sea, del barrio San Andrés." (folio 6 Cdno. No.3)

En su totalidad los deponentes se refieren al memorando suscrito por el director del Programa de física en el que se certifica que el actor asistió al laboratorio los días 18, 19 y 20 de Enero de 1988, documento que el Magistrado conductor del proceso admitió se allegara al expediente en fotocopia auténtica y que en ningún momento ha sido objetado por la demanda.

El documento citado dice textualmente:

"Memorando General No. 136

DE: DIRECTOR PROGRAMA DE FISICA

PARA : DECANA FACULTAD DE EDUCACION

FECHA : 25 de Enero de 1988

ASUNTO : aclaración memorando General No. 0083

Por medio del presente le informo que el señor HUMBERTO TORO VALENCIA, según información del profesor Nelson Piraquive Director del Laboratorio de Física, asistió a la Universidad los días Lunes 18, Martes 19 y Miércoles 20, pero los días 21 y 22 de Enero no asistió.

Con respecto a las actividades del señor Toro en el laboratorio de Física le solicitó leer el último párrafo del informe del Director del Laboratorio que fue entregado a esa Decanatura el 18 de diciembre de 1987 con el Memorando general No. 8270.

Cordialmente,

ANDRES GRANADOS SANABRIA

Director Programa de Física."

De las piezas probatorias referenciadas especialmente del memorando transcrito, que aclaró el memorando general No. 0083 suscrito por el mismo Director del Programa de Física, presentado como prueba por la Universidad, se desprende que el demandante no dejó de concurrir al sitio de su trabajo

(Laboratorio de Física cubículo docente) durante todos los días indicados en la resolución demandada (18 al 22 de Enero de 1988) y sólo lo hizo los días 21 y 22 de dicho mes. Consiguientemente, fuerza concluir que en el sub-lite no se configuró el abandono de cargo por haber fallado el accionante tres días consecutivos a su trabajo, como se afirma por la autoridad nominadora en el acto por el cual declaró la vacancia del cargo que ocupaba, puesto que únicamente no se presentó a la Universidad dos días, según el informe oficial mencionado.

No obstante, la Sala no puede menos que expresar su extrañeza frente a la existencia de tres memorandos oficiales, suscritos con pocos días de diferencia (21, 25 y 28 de enero de 1988) por el doctor Andrés Granados Sanabria, Director del Programa de Física, dirigidos, los dos primeros al Decano de la Facultad de Educación y el otro al Jefe de la División de Recursos Humanos de la Universidad, cuyo contenido difiere sustancialmente, por cuanto según el primero, el señor Toro Valencia hasta el 21 de Diciembre no se había presentado al trabajo, según el segundo, faltó al trabajo los días 21 y 22 de Enero y conforme al tercero no laboró en el lapso comprendido entre el 18 y el 22 del mismo mes.

Sin embargo, siendo todos ellos documentos públicos auténticos, por contar con mayor respaldo probatorio dentro del proceso, la Sala acogerá la versión contenida en el memorando anteriormente transcrito, del cual se infiere que el accionante, según aseveración del Director del Laboratorio de Física en donde aquel desarrollaba varias de sus funciones no dejó de concurrir al trabajo tres días consecutivos como se dice en el acto impugnado.

A pesar de lo anterior, no procede declarar la responsabilidad del rector de la universidad, quien expidió el acto acusado, ni condenarle a resarcir a la entidad las erogaciones que en virtud de la declaratoria de nulidad de la resolución impugnada debe efectuar ésta, puesto que no se demostró que existió culpa grave o dolo en su actuación, toda vez que no se acreditó que el Decano de la Facultad de Educación a quien se dirigió el memorando que corrigió la información sobre la ausencia del actor de su sitio de trabajo durante tres días consecutivos, hubiere informado de esta circunstancia a la Rectoría, ni que ésta hubiera recibido la copia que según el memorando debía remitirse a esa oficina.

Si a alguien habría que responsabilizar sería el Director del Programa de Física, Andrés Granados Sanabria, quien rindió a las Directivas informes contradictorios, sobre unos hechos que no verificó y que podían producir como ciertamente ocurrió, efectos jurídicos, de cuya ilegalidad debe responder ahora la Universidad. De ello deberá tomar nota el claustro para efecto de la responsabilidad administrativa a que haya lugar.

En este orden de ideas y por las razones expresadas en este proveído, procede la confirmación del fallo apelado, adicionándolo en el sentido de que las sumas a pagar al señor Humberto Toro Valencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política, deben descontarse los valores que haya recibido del tesoro público, o de empresas en las que el Estado tenga parte mayoritaria.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de ocho (8) de Octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso incoado por el Señor Humberto Toro Valencia contra la Universidad del Quindío.

Adiciónase el fallo mencionado en el sentido de que de los haberes que la Universidad demandada debe cancelar al señor Toro Valencia, se descontarán las sumas que éste hubiere recibido del tesoro público o de empresas en que el Estado tenga parte mayoritaria, según voces del artículo 128 de la Constitución Política.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de Agosto de mil novecientos noventa y dos. (1992)-

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

ACTO COMPLEJO-Inexistencia/**PROCESO DISCIPLINARIO/ DESTITUCION/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD DEL DERECHO/CADUCIDAD**-Término

Los actos mediante los cuales el órgano que en ejercicio del poder disciplinario atribuido por la constitución o las leyes impone a los funcionarios públicos la sanción de solicitud de destitución, no conforma con el respectivo acto de ejecución proferido por la autoridad nominadora un acto complejo. Sin embargo la Sala en virtud de la incuestionable conexidad existente entre tales actos, en aras de propiciar una efectiva protección a los administrados, ha admitido que el término de caducidad sea uno solo para impugnar tanto el acto de ejecución de la sanción como aquellos que imponen al funcionario la respectiva penalización por comisión de faltas disciplinarias, término que comienza a contarse a partir de la notificación o comunicación del acto de ejecución. Así como el conocimiento de los actos proferidos cuando se acusan en su totalidad no se fracciona, tampoco debe fraccionarse o contarse separadamente el término de caducidad de la acción procedente contra ellos.

PROCESO DISCIPLINARIO/DESTITUCION-Causales

Teniendo en cuenta que la conducta del actor encuadra dentro de las faltas constitutivas de mala conducta (artículo 155 del Decreto 1776 de 1979), para la Sala el hecho de que sea precisamente aquella que se invocó en los actos sancionatorios haya desaparecido del ámbito jurídico o no fuera aplicable en virtud de la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 215 de

la Constitución Política, no impide el ejercicio del poder disciplinario, pues lo que importa es que la conducta del empleado constituya falta y sea sancionable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº. 4193 Resoluciones Ministeriales. Actor: Juan Guillermo Tovar Angulo.

Juan Guillermo Tovar Angulo en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho impetró la nulidad de los siguientes actos : Decreto Nº 2561 de 12 de Octubre de 1984 expedido por la Presidencia de la República, mediante el cual se dispuso separarlo en forma temporal de las Fuerzas Militares por el término de un año, del cargo de Teniente código 7607834, orgánico del Batallón de Policía Militar, por mala conducta. De "la resolución número 318 del 27 de Julio de 1984 expedida por el señor Comandante del Ejército que convoca Tribunal Disciplinario, la actuación subsiguiente y los fallos de primera instancia proferidos con fecha 5 de agosto de 1984 y de segunda instancia de fecha 31 de Agosto de 1984 confirmatorio suscrito por el señor Comandante de las FF.MM para que también como actos de trámite sean anulados" (folio 7 cuaderno Nº 1).

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó su reintegro al servicio activo del ejército en el grado mencionado, con derecho al pago de la totalidad de los haberes que correspondan al grado, ajustado en su valor por corrección monetaria, sin solución de continuidad y el pago de los perjuicios morales causados con la separación del servicio, equivalentes a 1.000 gramos oro, en razón de la publicación de la separación por mala conducta en el Diario Oficial.

Como hechos sustentatorios de sus pretensiones, en síntesis, el actor relata que el Comandante de la 7a. Brigada, por informaciones suministradas por el Brigadier General Hernando Zuluaga García y el Coronel Ramón Gil Bermúdez sobre la existencia de guerrilleros de las FARC que extorsionaban a la población civil de Chiribiquete y de la zona de Dos Ríos y del Río Mesay, pidió apoyo de combate a un destacamento de las fuerzas especiales, asignación militar dependiente del Comandante del Ejército, por lo cual se expidió la orden de operaciones "Rompedor 83" para la Compañía de las Fuerzas Especiales asignada a dicha Brigada, al mando del Teniente Alvaro Rivera Pérez, en la cual participó el accionante; que el personal participante

en la operación fue transportado en aeronaves de la empresa SADELCA, de propiedad de los informantes, con guías civiles armados por el comando y sin uniforme militar y al llegar a la zona mencionada encontraron instalaciones en donde se purificaba pasta de cocaína protegidas por individuos civiles armados; que como carecían de autorizaciones policivas, se emboscaron en grupos armados en espera que se presentaran los guerrilleros de la FARC, que la misión inicialmente programada para cinco días se prolongó por dieciséis más, durante los cuales no se presentaron combates con tales guerrilleros y recibieron de las personas que estaban a cargo del desmantelamiento de los laboratorios de narcofármacos el apoyo logístico consistente en víveres, vestuario y equipos; que a su regreso en aeronaves de la citada empresa no fueron recibidos por el Comandante de Brigada y se les dio franquicia hasta mediados del mes de Enero de 1984; que por conducto del Comandante de la agrupación se les hizo entrega de dineros a título de una prima extra de navidad; que a mediados del siguiente mes de Marzo, fueron citados ante el Comando de la 7a. Brigada y notificados de la convocatoria de un Tribunal Disciplinario por recibo de dineros que, según se dice en la resolución respectiva, provenían del narcotráfico y como consecuencia de la operación aludida; que el actor nunca recibió ese dinero y que, por tanto, no se hace acreedor a la sanción demandada, la cual por su publicación en el Diario Oficial le genera una aflicción moral y lo coloca "en lista negra para las relaciones de trabajo".

Se citan como disposiciones infringidas por los actos acusados los artículos 17, 21, 26 y 169 de la Constitución Política, 2,24 y 30 del decreto 250 de 1958; -Código Penal Militar, 156 literal b b), 172 literal a), 178, 179 y 180 del decreto 1776 de 1979, cuyo concepto de violación se expone a folios 13 a 18 y 26 a 29, en el que se recalca que el literal b b) del artículo 156 del decreto 1776 de 1979 es inaplicable por excepción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución Política porque viola el artículo 26 de la Carta.

En la sentencia impugnada el Tribunal del conocimiento declaró la caducidad de la acción contra la resolución No. 0318 de 27 de Julio de 1984 del Inspector General del Comando del Ejército y contra los fallos disciplinarios del 5 y 31 de Agosto de 1984, proferidos por el Tribunal Disciplinario y el Comando General de las Fuerzas Militares, aceptó el desistimiento de la petición de condena por concepto de daño y negó las demás súplicas de la demanda.

El *a-quo* al adoptar las anteriores decisiones razonó así:

"Observa el Tribunal que la Resolución No. 00318 del 27 de Julio de 1984 y la decisión contenida en el fallo del 5 de Agosto de 1984 del Tribunal Disciplinario, confirmada por el Comando de las Fuerzas Militares el 31 de Julio de 1984, encierran los actos de trámite y

decisorios del proceso disciplinario seguido contra el Demandante y fallado contra la condena que le fue impuesta. Estos actos son independientes, de naturaleza diferente y producidos por autoridades y mediante trámite distinto, con relación al Decreto No. 2561 del 12 de Octubre de 1984 del Presidente de la República. Aquellos son de trámite y decisorios en el proceso disciplinario, mientras que este decreto es un acto separado del proceso disciplinario, expedido por la autoridad nominadora para acatar y cumplir la decisión ejecutoriada adoptada por las autoridades disciplinarias". (Folio 190).

Agrega el Tribunal que una vez precluida la oportunidad para impugnar su legalidad, los fallos disciplinarios quedaron en firme y, por ende, permanecen amparados por la presunción de legalidad, circunstancia que impide el éxito de las pretensiones de la demanda contra el decreto 2561 del 12 de Octubre de 1984 por medio del cual el Presidente de la República dio cumplimiento a dichos fallos.

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia, aduciendo que en las acciones de restablecimiento del derecho del artículo 136 del C.C.A. rige lo referente a la caducidad "del acto que entra a regir la situación administrativa, que lo es el decreto 2561/84 que es la manifestación administrativa de la voluntad de separar al Tte. Juan Guillermo Tovar Angulo, no la resolución de convocatoria a Tribunal Disciplinario, que sólo es acto de trámite, no definitivo de la administración, y contra el que en los términos del D/L//1776/79 no cabe recurso, porque el estatuto no lo contempla"; que la demanda se presentó en término "ante el Consejo de Estado" el 1° de Febrero de 1985, "por manera que habiéndose expedido el decreto 2561 el día 12 de Octubre de 1984, el término de caducidad se vencía el 14 de febrero de 1985"; que el Tribunal Administrativo del Meta la admitió el 22 de Mayo de 1985, con lo que precluyó la oportunidad para que el Tribunal que admitió la demanda, a la fecha del fallo provea sobre la caducidad "pues son términos antitéticos, opuestos, o no se admite o no se caduca" (sic) folio 194); que está al cuidado de los jueces administrativos la guarda de la constitucionalidad y legalidad y, consecuencialmente, si el literal b b) del decreto 1776 de 1979, en que se fundamentó el acto acusado, fue declarado inexequible mediante fallo del 10 de Marzo de 1988, de la Corte Suprema de Justicia, no se puede eludir esa responsabilidad.

Finalmente, señala que esta jurisdicción no ha sido lo suficientemente celosa en proteger los derechos militares "como puede verse en esta sentencia recurrida, en que para enervar el derecho ostensiblemente se toman fechas de supuestos actos definitivos de la administración y cuando los mismos Jueces que resuelven se han pronunciado en la admisión de la demanda. La preclusión de los términos es principio que atañe tanto a los Jueces como a los administrados". (Folio 195).

La Fiscalía en su concepto opina que la sentencia recurrida debe revocarse, porque los actos acusados integran uno complejo, forman una unidad inescindible y fueron correcta y oportunamente demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa y, en su lugar, debe accederse a las pretensiones del accionante, en virtud de que los citados actos se fundamentan en el literal b b) del artículo 156 del Decreto 1776 de 1979, norma declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, y como la declaratoria de inexequibilidad tiene efectos retroactivos, ex tunc, tales decisiones deben desaparecer del mundo jurídico, especialmente en materia penal (y la disciplinaria lo es, porque impone penas), de conformidad con las previsiones del artículo 26 de la Constitución Política, desarrolladas por los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1987 que establece la preeminencia de la Ley favorable o permisiva.

Finalmente, la Agencia del Ministerio Público resalta que no se presenta la indebida acumulación de pretensiones en razón de haberse solicitado también la indemnización de perjuicios morales, en virtud de que el artículo 85 del C.C.A. prevé que el actor pueda pedir el restablecimiento de su derecho o que se le repare el daño.

Agotado el trámite de Ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La sentencia impugnada contiene decisión inhibitoria respecto de las pretensiones de nulidad de la Resolución No. 0318 de 27 de Julio de 1984 del Inspector General del Comando del Ejército y de los fallos de 5 y 31 de Agosto de ese mismo año, originarios, en su orden, del Tribunal disciplinario convocado mediante la citada resolución y del Comandante de las Fuerzas Militares, y denegatoria de la solicitud de infirmación del decreto 2561 de 12 de Octubre de 1984, por el cual se separó temporalmente al actor de las Fuerzas Militares por el término de un año.

Tales determinaciones se adoptaron en virtud de que la resolución citada se consideró como acto de trámite no susceptible de ser demandado ante la jurisdicción y porque los citados fallos disciplinarios, éstos sí, actos definitivos, se impugnaron después de transcurrido el término de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A. Por su parte, la no declaratoria de nulidad del Decreto 2561, obedeció a la vigencia jurídica de los fallos disciplinarios que impusieron la sanción al accionante puesto que continúan amparados por la presunción de legalidad, lo que hace imposible el cuestionamiento válido del aludido decreto.

Sobre el particular observa la Sala que ciertamente las argumentaciones del a-quo reflejan el criterio de la Sala, en el sentido de que los actos mediante

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

los cuáles el órgano que en ejercicio del poder disciplinario atribuido por la constitución o las leyes, impone a los funcionarios públicos la sanción de solicitud de destitución, no conforma con el respectivo acto de ejecución proferido por la autoridad nominadora un acto complejo.

Sin embargo a pesar de ello la Sala recientemente, en virtud de la incuestionable conexidad existente entre tales actos, en aras de propiciar una efectiva protección a los administrados, ha admitido que el término de caducidad sea uno solo para impugnar tanto el acto de ejecución de la sanción como aquellos que imponen al funcionario la respectiva penalización por comisión de faltas disciplinarias, término que comienza a contarse a partir de la notificación o comunicación del acto de ejecución.

Así como el conocimiento de los actos proferidos cuando se acusan en su totalidad no se fracciona, tampoco debe fraccionarse o contarse separadamente el término de caducidad de la acción procedente contra ellos.

Sobre el tema, esta sección en sentencia del 26 de Marzo de 1992, expediente No. 3042, actor Jorge Recalde Morán, magistrado ponente doctor Diego Younes Moreno, expresó:

> "Estima la Sala que el acto sancionatorio proferido por la Procuraduría General de la Nación, y el acto de cumplimiento que profiere la administración en desarrollo de aquel, no constituyen un acto complejo, por cuanto este último no perfecciona, ni le da validez al que expide el Ministerio Público, y no puede ser desconocido total o parcialmente, so pena de que el nominador, incurra en causal de mala conducta. Al respecto el parágrafo único del artículo 14 de la Ley 25 de 1974, preceptúa:
>
> Sin embargo, aunque el acto expedido por la Procuraduría no constituye un acto complejo con el proferido por la administración, sí tiene una necesaria conexidad, como lo afirma el Tribunal, que incide necesariamente en el comportamiento del administrado, para acudir ante la juridicción contencioso administrativa, quien generalmente sin poseer el conocimiento especializado del derecho administrativo, estima que la actuación culmina cuando el nominador profiere el acto de cumplimiento.
>
> En estas condiciones, la Sala estima que debe reexaminarse el criterio esbozado en providencia de Mayo 10 de 1991, expediente 3477, según el cual, la caducidad se empezaría a computar, a partir de la notificación que el Ministerio Público realizara de la resolución de imposición de la sanción.
>
> Por consiguiente, para el solo efecto de la caducidad, y con el fin de facilitar a los administrados el control de los actos de la administración

que consideren que los afectan, la Sala contará el perentorio término a que se refiere el artículo 136 del decreto Ley 01 de 1984, norma aplicable al sub-lite, desde la notificación del acto de ejecución mediante el cual la administración efectivamente aplica la sanción pedida por el Ministerio Público".

En este orden de ideas, habida consideración que la demanda que dio origen a la presente contención se presentó el 1° de Febrero de 1985 (folio 20 cuad. No. 1), es decir, dentro de los cuatro meses subsiguientes a la expedición del Decreto Presidencial No. 2561 de 12 de Octubre de 1984 (folios 3 y 4 cuad. No. 1), por el cual se separó en forma temporal de las Fuerzas Militares por el término de un año al actor, ha de concluirse que la acción contra la totalidad de los actos acusados fue interpuesta oportunamente.

Respecto de la Resolución No. 318 de 1984, cabe anotar que por ser un simple acto de trámite no es acto demandable ante esta jurisdicción. Esa circunstancia conduce a un pronunciamiento inhibitorio sobre su legalidad.

Se procederá entonces al examen de las súplicas del libelista, de conformidad con los hechos probados, no sin antes destacar que no es del caso referirse a la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones propuesta por la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional- (folio 48 cuaderno No. 1), por cuanto la petición de condena por los daños que supuestamente la expedición de los actos enjuiciados causaron al actor, a raíz de la aceptación del desistimiento por parte de éste, desapareció del petitum demandatorio.

Son dos, en síntesis, los ataques fundamentales esgrimidos contra la actuación administrativa acusada.

1.- Falta de competencia tanto del Comandante de la Séptima Brigada para designar al funcionario instructor, pues según afirma el libelista, esta atribución se hallaba radicada en el Comandante del Ejército, por cuanto los oficiales investigados pertenecían orgánicamente a diversas agrupaciones, reparticiones o unidades, como del Inspector General de las Fuerzas Militares para designar los funcionarios que conformaron el Tribunal Disciplinario, toda vez que también correspondía al Comandante del Ejército hacerlo; por tanto, estima el actor que se infringieron los Artículos 178 y 180 del Decreto 1776 de 1979 que fijan en la forma señalada tales competencias, transgresión que conduce a la nulidad del procedimiento administrativo y del Tribunal Disciplinario, de conformidad con lo estatuido en el Artículo 172 *IBIDEM.*

2.- No tipificación en el Artículo 156 del Decreto 1776 de 1979 como falta constitutiva de causal de mala conducta, del proceder del accionante sancionado por la administración. Por consiguiente, habida cuenta que los actos enjuiciados se fundamentan en el literal b b) del artículo citado que no

contiene una definición inequívoca de falta endilgada, sino un criterio extensivo y analógico para asignar esa calificación a cualquier hecho que se considere transcendente y grave, capaz de afectar la disciplina, la moral o el prestigio de las Fuerzas Militares. Pide que dicho literal no sea aplicado al caso sub exámine, de conformidad con lo previsto en el Artículo 215 de la anterior Constitución Política, pues es contrario al precepto consagrado en el Artículo 26 de la misma, porque conforme a éste el acto que se imputa "debe estar definido, es decir, concreto, identificado o lo que es lo mismo típico, lo que en materia de falta no aparece en el literal 'bb' del artículo 156, por ser indefinido, analógico, inconcreto, atípico". (folio 27).

Y agrega:

> "Cierto es que la norma legal vigente tenga fuerza obligatoria como para no eludir su aplicación. Pero cuando tal regla viola la Constitución o la Ley, la regla deja de tener vigencia. En el caso de autos deja de tenerla, bajo el rigor del art. 215, porque viola el artículo 169 y el artículo 26 como atrás se ha dicho. Ello lo hace inaplicable (lt.bb), por vía exceptiva". (folios 17 y 18).

En relación con la primera censura cabe observar que su análisis se efectuará teniendo en cuenta los razonamientos expuestos por el actor en el escrito introductorio de la acción (folios 6 a 20) y en el de su adición, (folios 21 a 31) dejando de lado las demás argumentaciones expuestas en distintos memoriales allegados durante el curso del proceso, en virtud de que la demanda constituye el marco delimitante de la actividad de juzgamiento a desarrollarse por el fallador.

Al referirse a la incompetencia de los funcionarios que designaron al fiscal y al Tribunal Disciplinario, por pertenecer los oficiales investigados a distintas reparticiones, el apoderado del actor manifiesta que "En este caso, los Oficiales Luis Fernando Peña Moreno, 7607763 es orgánico de la Escuela de Lanceros; el Teniente Juan Guillermo Tovar 7607834 es orgánico del Batallón de la Policía Militar No.11; Teniente Roosvelt Alberto Cuadros 7607597 es orgánico del Batallón de Servicios No.3; el Teniente José Nelson González Arce 7507372 es orgánico del Batallón Magdalena No. 26; Capitán Alvaro Pérez Rivera 7507256 es orgánico de la Escuela de Lanceros, y fuera Cdte, de la Compañía". (folio 29).

De igual modo, para demostrar su aserto solicitó que se decretaran como pruebas "(3) Copia de Tablas de Organización y Equipo del Comando General de las FF.MM. (TOE) relacionadas con la adscripción orgánica al Comando del Ejército y de asignación al Comando de la Décima Brigada para efectos de instrucción y especialización. (4) Certificación de asignación orgánica de los señores Oficiales, Capitán Alvaro Pérez Rivera, Teniente Guillermo Tovar Angulo, Luis Fernando Peña Moreno, Roosvelt Alberto

Cuadros, José Nelson González Arce, Walter Durán Orozco, a las diversas unidades". (folio 30).

Sin embargo, tales documentos no se allegaron al proceso, por cuanto, "Las Tablas de Organización y Equipo (T.O.E.) por tratarse de un documento de carácter reservado y de seguridad nacional, esta Jefatura no está facultada para expedir copias de las mismas. Para el efecto, se le recomienda dirigirse directamente al Comando General de las Fuerzas Militares.", y porque no se especificó para qué año o lapso de tiempo se requería la certificación a que se contrae el numeral 4°. Además sostuvo el jefe del departamento de personal del Comando del Ejército, "que únicamente se puede suministrar informes sobre los Tenientes GUILLERMO TOVAR ANGULO, ROOSVELT ALBERTO CUADROS CIFUENTES y WALTER DURAN OROZCO, quienes están aún en servicio activo; los restantes fueron retirados del servicio activo del Ejército y sus hojas de vida remitidas a la División de Archivo General del Ministerio de Defensa, dependencia ésta, a donde puede dirigirse en procura de antecedentes". (folios 62-63).

Asimismo, se observa que se desconoce el contenido de la Resolución de 11 de Septiembre de 1981 expedida por el Comandante de las Fuerzas Militares, por la cual, según el demandante, se creó la agrupación de Fuerzas Especiales "mediante Tablas de Organización y Equipo (TOE), con las cuales esta Agrupación se asignó orgánicamente al Comando del Ejército y en comisión permanente en el Comando de la 10a. Brigada, de donde fueron trasladados *operativamente* al Comando de la 7a. Brigada para la Operación Rompedor /84 a cargo del señor Comandante de la 7a. Brigada". (folio 14).

De otra parte, en los extractos de las hojas de vida de los oficiales mencionados en el libelo y la del mismo accionante (folios 120 a 130 del cuaderno No. 2), tampoco se precisa a qué unidades o reparticiones del ejército pertenecían.

En tales condiciones no es dable determinar con certeza que dichos oficiales estuvieran adscritos a unidades o reparticiones diferentes y, desconociendo cuál era la situación de las agrupaciones de Fuerzas Especiales desde el punto de vista de la organización jerárquica del Ejército Nacional y cuáles eran las atribuciones que adquiría frente a ellas el Comandante de Brigada al cual se trasladaban operativamente dichas agrupaciones, para el caso el de la 7a. Brigada, por cuanto no se trajo al proceso ni la referida Resolución de 11 de Septiembre de 1981, ni ningún otro documento que reflejara la posición de los integrantes de las citadas Fuerzas Especiales frente a las distintas jerarquías del ejército, resulta imposible establecer la transgresión de las normas citadas.

En lo atinente a la excepción de inconstitucionalidad respecto a lo normado en el literal bb) del Artículo 156 del Decreto 1776 de 1979, dirá la

Sala que no es procedente por haber sido declarada inexequible dicha norma por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de Marzo de 1988 (folios 148 a 165 Cuad. No. 1). La Sala observa sin embargo, que sin bien los actos enjuiciados se apoyan en dichas normas, lo cierto es que el comportamiento del demandante-recepción de dinero de personas extrañas y proveniente de una fuente de dudosa honorabilidad (al parecer vinculadas con actividades de narcotráfico)-, comportamiento admitido en la diligencia de careo con el testigo Alberto Cuadros Cifuentes practicada en el disciplinario que se adelantó en su contra (folio 110 Cuad. No. 2) encaja dentro de la tipificación de falta constitutiva de mala conducta descrita en el artículo 155 del Decreto 1776 de 1979.

En efecto, recibir dinero a sabiendas de su sospechosa procedencia, como se desprende de las distintas piezas probatorias que obran en el expediente disciplinario, indudablemente implica una amenaza para la disciplina militar y el buen nombre de las Fuerzas Militares y es demostrativo de dudosa moralidad.

Teniendo en cuenta que la conducta del actor encuadra dentro de faltas constitutivas de mala conducta (Artículo 155 Decreto 1776 de 1979), para la Sala el hecho de que precisamente aquella que se invocó en los actos sancionatorios haya desaparecido del ámbito jurídico o no fuera aplicable en virtud de la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el Artículo 215 de la Constitución Política, no impide el ejercicio del poder disciplinario, pues lo que importa es que la conducta del empleado constituya falta y sea sancionable.

De acuerdo con lo expuesto, se impone la denegatoria de la nulidad de los fallos disciplinarios y del Decreto 2561 de 1984.

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:

1o.- Revócase la sentencia de veintisiete (27) de Enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) del Tribunal Administrativo del Meta en el proceso promovido por Juan Guillermo Tovar Angulo contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - en cuanto por ella declaró la caducidad de la acción contra la Resolución No. 318 de 1984 del Inspector General del Comando del Ejército y contra los fallos disciplinarios del 5 y 31 de Agosto de 1984, proferidos por el Tribunal Disciplinario convocado por dicha resolución y el Comando General de las Fuerzas Militares.

Declárase inhibida la Sala para conocer de la resolución No. 318 de 1984, proferida por el Inspector General del Comando del Ejército, por ser acto de trámite.

Deniégase las demás súplicas de la demanda.

Reconócese personería del doctor Mario José Martínez Ramón, como apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- en los términos y para los efectos del memorial visible a folio 222 del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 2 de Septiembre de 1992.-

Joaquín Barreto, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Luis A. Lizcano Blanco, Conjuez;, *Enrique Conti Bautista,* Conjuez;,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

NOTA DE RELATORIA : Se reiteró además jurisprudencia contenida en la sentencia de 26 de Marzo de 1992, expediente 3042, Actor: Jorge Recalde Morán, Consejero Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO, sobre la caducidad de la acción que se empieza a contar desde la notificación del acto de ejecución mediante el cual la administración efectivamente aplica la sanción pedida.

PERIODO DE PRUEBA/INSUBSISTENCIA/CARRERA ADMINISTRATIVA/INSCRIPCION EN CARRERA-Desistimiento

El nombramiento en período de prueba concede estabilidad al empleado pero esa estabilidad es relativa, pues está referida a ese lapso específico, con el único propósito de que el funcionario sea calificado con miras a obtener su escalafonamiento definitivo en la carrera administrativa. Empero, si quien ingresa a un determinado cargo en período de prueba y sin que se haya definido su situación, para luego a otro u otros cargos que ha aceptado voluntariamente, ya no lo ampara ninguna estabilidad relativa, puesto que la protección que la ley le confiere al ingresar por concurso tiene como exclusiva finalidad la calificación de sus servicios para definir su particular situación frente a la carrera, en el empleo para el cual concursó. Quien acepta desempeñar otro u otros cargos distintos de aquel al que ingresó en período de prueba sin haberse producido su inscripción en la carrera es obvio que renuncia a los derechos que comporta esa forma de vinculación a la administración, toda vez que para gozar de estabilidad que ofrece la carrera administrativa es indispensable obtener previamente la inscripción definitiva en ella, que no sería posible conseguir por no estar ocupándonos ni por concurso ni en período de prueba. El acto de declaratoria de insubsistencia del demandante se ajusta a los principios rectores de la carrera, pues sería un contrasentido hacer derivar consecuencias que impliquen la protección inherente a aquella, cuando al dejar el cargo en que tenía derecho a ser escalafonado, el empleo está desistiendo de su requerimiento de inscripción en carrera.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente N°. 4753. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Carlos Ospina Beltrán

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de Agosto de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

LA SENTENCIA

El a-quo fundamentó su decisión denegatoria de las súplicas del libelista en el hecho de que éste no se hallaba inscrito en la carrera administrativa, puesto que según lo estatuye el artículo 71 del decreto 2464 de 1970, dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del período de prueba el empleado deberá solicitar por conducto de la Oficina de Personal su inscripción en la carrera y la ratificación en el cargo y como el accionante no pidió su escalafonamiento en ella "no puede pretender haber ingresado a la carrera administrativa y menos, culpar al establecimiento demandado por su no inclusión en el escalafón de sus servidores," (folio 82) sin que sea válido invocar la transgresión del artículo 217 del Decreto 1950 de 1973 que obliga a la Administración a proceder de oficio cuando el funcionario vencido el período de prueba no solicita su inscripción en carrera, "pues se trata de norma general cuyo destinatario es el Departamento Administrativo del Servicio Civil (no vinculado a este proceso); y la misma no es aplicable a empleados públicos sometidos a regímenes especiales, tales los del SENA" (folio 82).

Adujo también el Tribunal que no existe prueba acerca de que el verdadero motivo de la desvinculación del actor hubiera sido el señalado en la demanda; que la demostración de la buena conducta observada por el accionante, de los estímulos laborales de que fue objeto y de las divergencias de opinión y comportamiento con la Gerente Regional, no acredita la desviación de poder endilgada al nominador y que no se infringió el artículo 26 de la anterior Constitución Política, toda vez "que por no pertenecer a la carrera administrativa, la desvinculación del demandante no debía estar precedida de proceso disciplinario alguno". (Folio 83).

EL RECURSO

El actor interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia, arguyendo que, contrariamente a lo aseverado en ella, al vencerse el período de prueba de 4 meses en el cargo de Jefe del Departamento

Financiero de la Regional del Valle, en el cual fue nombrado por Resolución # 247 de 26 de Marzo de 1975, si solicitó la ratificación en el mismo y su inscripción en la carrera, según consta a folio 40 del cuaderno 3 y que también formuló al Departamento Administrativo del Servicio Civil petición en el último sentido, como aparece a folios 47 y 48 *ibídem*.

Y concluye:

"Creo entonces que es más elocuente en esta oportunidad la prueba documental que las afirmaciones que se expresan en la sentencia, sobre todo cuando se descubre el incumplimiento de la norma contenida en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo". (folio 89).

Aduce también el apelante que el Decreto 1950 de 1973 es aplicable a los funcionarios del SENA, como lo definió la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto fechado el 31 de Octubre de 1984, conforme al cual el SENA debe "regularse exclusivamente por las normas generales de administración de personal contenidas en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y su Reglamentario 1950 de 1973" (folio 90).

Finalmente señala que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, si el funcionario inscrito en carrera es nombrado para un cargo de libre nombramiento y remoción "no por ello pierde la relativa estabilidad que le confiere tal escalafón" (folio 90).

CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación precisa que como en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968 quedó sin piso jurídico el Decreto 2464 de 1970, por el cual se aprobó el estatuto de personal del SENA que fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas por dicho artículo, "la preceptiva jurídica aplicable al asunto bajo examen no era la citada por el fallador de primera instancia, sino aquella que regula la administración de personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público". (folio 107). Esto es, el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario el 1950 de 1973.

Añade que como no obra en el expediente ningún elemento de juicio que permita establecer con certeza que el señor OSPINA BELTRAN cumplió con la exigencia señalada en el artículo 45 del Decreto 2400, referente al deber del empleado de solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la carrera administrativa, "el demandante al momento de ser desvinculado del servicio era un empleado de libre nombramiento y remoción, no amparado por fuero alguno que le ofreciera estabilidad relativa en su cargo, razón por la cual podía ser declarado insubsistente su nombramiento en cualquier momento, como en efecto lo fue, en uso de la

facultad discrecional conferida al nominador en aras del buen servicio" (folio 108).

Por último, la colaboradora Fiscal conceptúa que ni de los documentos aportados, ni de los testimonios recepcionados en el proceso, puede inferirse que la remoción del accionante fue consecuencia de los hechos sobre los cuales se edifica la desviación de poder como son la animadversión de la Gerente Regional del Valle y el deseo de ésta de liberarse de las personas que se oponían a sus actuaciones. Por ello pide se confirme el fallo apelado, denegatorio de las súplicas del libelo.

Surtido el trámite del recurso y no observándose causal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Según el recurrente la pretendida ilegalidad de la resolución acusada se configura por haberse dispuesto la insubsistencia de su nombramiento a pesar de gozar de relativa estabilidad dentro de la carrera administrativa y por haberse proferido con el propósito de satisfacer intereses personales de la Directora Regional del Sena en el Valle.

Debe la Sala dilucidar en primer término, cual era la verdadera situación del accionante frente a la carrera el día en que se produjo su retiro del servicio, lo cual ocurrió el 10 de Diciembre de 1985.

Igualmente, debe establecerse si el acto de insubsistencia fue expedido con desviación de poder.

Dice el demandante y de ello hay prueba al folio 26 del cuaderno # 3, que mediante resolución 247 de 26 de Marzo de 1975, fue nombrado en período de prueba en el cargo de Jefe del Departamento Financiero del Servicio Nacional de Aprendizaje del SENA, Regional Cali, período de prueba que tenía una duración de 4 meses.

Según la hoja de vida, con posterioridad a su vinculación en dicho cargo, el accionante se desempeñó por encargo como Subgerente Administrativo de esa Regional (folio 35) y como Jefe de la Unidad de Servicios de Formación Profesional en virtud de nombramiento ordinario (folio 66), y, finalmente, por resolución 746 de 5 de Agosto de 1980 fue designado mediante nombramiento ordinario también en el cargo de Subgerente de Operaciones de la misma Regional (folio 87), nombramiento declarado insubsistente por medio de la resolución 1639 de 1985, acto demandado en este proceso.

Según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, el nombramiento en período de prueba concede estabilidad al empleado, pero esa estabilidad

es relativa, pues está referida a ese lapso específico, con el único propósito de que el funcionario sea calificado con miras a obtener su escalafonamiento definitivo en la carrera administrativa.

Empero, si quien ingresa a un determinado cargo en período de prueba y sin que se haya definido su situación, pasa luego a otro u otros cargos que ha aceptado voluntariamente, ya no lo ampara ninguna estabilidad relativa, puesto que la protección que la Ley le confiere al ingresar por concurso tiene como exclusiva finalidad la calificación de sus servicios para definir su particular situación frente a la carrera, en el empleo para el cual concursó.

Quien acepta desempeñar otro u otros cargos distintos de aquel al que ingresó en período de prueba sin haberse producido su inscripción en la carrera es obvio que renuncia a los derechos que comporta esa forma de vinculación a la administración, toda vez que para gozar de la estabilidad que ofrece la carrera administrativa, es indispensable obtener previamente la inscripción definitiva en ella, que no sería posible conseguir por no estar ocupándolos ni por concurso ni en período de prueba.

Ciertamente aparece acreditado que el actor diligenció un formulario de inscripción en carrera en ese empleo (folios 47 y 48 cd. 3), pero también es verdad que desde el momento en que aceptó un nombramiento ordinario sin haber definido ni obtenido escalafonamiento en el cargo para el cual había concursado, se colocó en situación de libre nombramiento y remoción.

La dejación voluntaria que hizo el doctor Ospina Beltrán del cargo en el cual debía ser inscrito en carrera, implicó realmente la renuncia al derecho a ser escalafonado en él y, por ende, la renuncia de los privilegios que otorga el pertenecer a la carrera administrativa.

En consecuencia, así se examine la juridicidad de la resolución acusada a la luz de lo normado en el Decreto 2464 de 1970 o del Decreto 1950 de 1973, estatutos que en materia de carrera administrativa contienen disposiciones similares, debe concluirse que el acto de declaratoria de insubsistencia del demandante se ajusta a los principios rectores de la carrera, pues sería un contrasentido hacer derivar consecuencias que impliquen la protección inherente a aquella, cuando al dejar el cargo en que tenía derecho a ser escalafonado, el empleado está desistiendo de su requerimiento de inscripción en carrera.

En lo atinente a la desviación de poder, precisa observar que asiste razón a la colaboradora Fiscal cuando afirma que si bien los elementos de juicio que obran en autos, dan cuenta de la actividad desplegada por el doctor Ospina Beltrán en orden a prevenir actuaciones irregulares de la Directora Regional las cuales originaron el adelantamiento de investigaciones administrativas por parte de la Contraloría y de la Procuraduría como lo

aseveran algunos testigos (folio 136 y 143 cdno. # 2) y que a raíz de sus denuncias se obtuvo la no adjudicación por parte de la Dirección General del SENA, de una licitación en cuyo trámite se habían presentado irregularidades, también es cierto que esos hechos por si mismos no revelan que el Director General del Sena al tomar la decisión de separar al accionante del servicio obrara con el fin de satisfacer propósitos revanchistas de la Directora Regional por la actividad asumida por éste en relación con sus actuaciones supuestamente ilegales, ya que por el contrario, la receptividad de ese funcionario frente a sus denuncias, -pues como lo afirma el demandante a raíz de ellos se abstuvo de adjudicar una licitación en cuyo trámite se había incurrido en irregularidades, evidencia la objetividad e imparcialidad del nominador frente a la situación administrativa que se presentó en la Regional del Valle.

En este orden de ideas, el acto acusado proferido sin motivación alguna para declarar insubsistente su nombramiento ordinario, se ajustó al ordenamiento jurídico y mantiene incólume la presunción de legalidad que lo ampara, lo cual determina la confirmación de la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 15 de Agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso incoado por el señor Luis Carlos Ospina Beltrán con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 1639 de 1985 de la Dirección General del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 26 de agosto de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Ausente;, *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

PENSION JUBILACION-Liquidación/ **RETROACTIVIDAD**- Improcedencia

Como los artículos 3o., 4o., 5o., y 6o. del acto acusado, efectúan en la misma forma, reajustes a la pensión, con base en una cifra a la cual se le confirió efectos retroactivos que no correspondían, y a su vez, a este valor se le agregaron porcentajes por concepto, de reajustes pensionales, obtenidos con base en cuantías erradas, los valores que finalmente se ordenan pagar, no corresponden a la realidad, y son violatorios de la ley. La imprecisión del acto administrativo se debió a un error en la operación administrativa de liquidación de la pensión, en la cual no tuvo intervención alguna la beneficiaria, la CAJA NACIONAL deberá tener en cuenta su buena fe, para los efectos previstos en el artículo 136 del C.C.A. Por lo anterior, la Resolución es anulable, pero solo en cuanto se refiere al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho de la demandada a devengar pensión. Ello obliga a la entidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente Nº. 1705 Actor : Caja Nacional de Previsión Social Autoridades Nacionales.

La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 3586 de 22 de mayo de 1.980, mediante la cual, dicha institución reconoció a JULIA TERESA TAFUR HERRAN, una pensión de jubilación.

Como hechos en que fundamenta la Caja Nacional su solicitud, expresa que el acto acusado, reconoció a la señorita JULIA TERESA TAFUR, una pensión mensual de jubilación por haber acreditado los requisitos de edad y tiempo de servicios, con base en su solicitud de 29 de septiembre de 1.978, habiendo reconocido mesadas pensionales, a partir del día 30 de septiembre de 1.975, es decir, cubriendo un período de tres años atrás, por no encontrarse éstos prescritos.

Explica, que la pensión se liquidó con base en los dos últimos sueldos de 1.978, y los 10 siguientes sueldos de 1.979, valor que también se ordenó reconocer retroactivamente, a los tres años anteriores.

Agrega, que a estas mesadas retroactivas, la resolución incrementó los reajustes pensionales correspondientes a los años de 1.975, 1.976, 1.977 y así sucesivamente, trayendo como consecuencia que dicha pensión fuera siempre superior al 75% del promedio mensual de sueldos de la beneficiaria.

Como disposiciones violadas, cita los artículos, 1o. del Decreto 1221 de 1.975. lo., parágrafo 2o., de la L. 4a. de 1.976, 2o. del Decreto 732 de 1.976, 4o. de la L. 4a. de 1.966, 73 del D. 1848 de 1.968, 3o. del Decreto 435 de 1.971 y 52 del C. P. M.

En el proceso reconstruido de conformidad con el Decreto 3825 de 1.985, no obra copia de contestación de la demanda, del alegato de conclusión de JULIA TERESA TAFUR, ni del concepto de fondo emitido por el Fiscal del Consejo de Estado, pues la providencia que decretó la reconstrucción del expediente, ordenó que este quedaba "en estado de proferir sentencia."

La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, en el alegato de conclusión, solicitó se declare la nulidad del acto acusado, reiterando lo dicho en el libelo de demanda.

Antes de decretarse la reconstrucción del proceso, el apoderado de JULIA TERESA TAFUR, manifiesta y comprueba con el registro civil de defunción, que dicha persona falleció el día 5 de octubre de 1.988 (fl. 97).

Para resolver,

SE CONSIDERA

1) Como el apoderado de la señora JULIA TERESA TAFUR HERRAN manifiesta que la titular de la pensión de jubilación contenida en el actó cuya

nulidad se solicita, falleció, debe señalarse, que de conformidad con el inciso 5o. del artículo 69 del C. de P.C., "la muerte del mandante", "no pone fin al mandato judicial, si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores."

Se concluye por consiguiente, que en estas condiciones, la señorita JULIA TERESA TAFUR HERRAN, procesalmente y sus herederos, se encuentran debidamente representados judicialmente en el presente proceso, pues de conformidad con el articulo 70 del C. de P.C., "el poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos: solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, *adelantar todo el trámite de éste,* realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las conductas impuestas en aquélla . " (se subraya)

2) No teniendo incidencia en la actuación procesal, el citado fallecimiento, y no habiendo prosperado las objeciones para que se decretara la reconstrucción del proceso, la Sala estima que se deben analizar los cargos que la Caja Nacional de Previsión Social hace al acto acusado, y proceder a dictar la sentencia que decida el litigio.

3) Examinada la demanda, los documentos aportados al proceso , y el acto acusado, se concluye que la Caja Nacional de Previsión Social no controvierte el derecho que le asistía a JULIA TERESA TAFUR, por concepto de pensión de jubilación en su carácter de docente.

Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión Social, en la petición única de la demanda, solicita se declare nula la totalidad de la resolución.

4) Examinado el libelo demandatorio en su integridad, se concluye que además de no atacar el derecho pensional, tampoco ataca la fecha a partir de la cual dicha Caja reconoció el derecho, así como tampoco su cuantía decretada a la fecha del reconocimiento.

5) Del acervo probatorio, se observa que en el curso del proceso no quedó desvirtuado que JULIA TERESA TAFUR HERRAN tuviera derecho a gozar de la pensión de jubilación , ni que la cuantía decretada en el artículo primero de la resolución acusada era la que le correspondía . Por lo tanto, no siendo estos derechos violatorios de la ley, no están llamadas a prosperar, las súplicas de la demanda, por este aspecto.

El artículo de la resolución que consagra los anteriores derechos, textualmente expresa:

"Artículo 1o.:

Reconocer a favor de la señorita JULIA TERESA TAFUR HERRAN, ya identificada una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $11.845.63 ONCE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON 63/100 Mcte, *efectiva a partir de de (sic) septiembre 30/ 75 por prescripción trienal.*" (se subraya)

De este artículo, la frase final que se subraya, fue la que originó el pago retroactivo de la pensión , pues ella expresa que se hará "efectiva a partir de septiembre 30/75 por prescripción trienal".

Esta expresión permitió que durante los años 1.975 a 1.978, la titular de la pensión, recibiera mesadas superiores a las del 75% del promedio de sueldos correspondientes a dicha época, violando así lo dispuesto en la ley.

Por consiguiente, esta frase, deberá anularse, sin perjuicio de que estos tres años, sean nuevamente liquidados, de conformidad con el promedio de sueldos correspondientes.

6) El artículo 2o. de la Resolución 3536 de 1.980, prescribe lo siguiente:

"Elevar el monto de la pensión anterior a la suma de $15.754.69 QUINCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON 69/ 100 M/cte, efectiva a partir de septiembre 30/75 por prescripción trienal de conformidad con el Decreto 1221/75. "

Como este artículo concede los mismos efectos retroactivos a que antes se aludió, son predicables de esta disposición, los argumentos que en el punto anterior, se expusieron.

La Sala estima igualmente, que el reajuste del 33% que fue liquidado, conforme a lo dispuesto en el artículo primero del Decreto 1221 de 1.975, no podía practicarse en ésta forma, porque la base para obtener el citado porcentaje, no es la cuantía que corresponde a la pensión para el año de 1.975.

Por consiguiente, le asiste razón a la Caja Nacional de Previsión Social, en cuanto a la ilegalidad en la liquidación que este artículo hace.

7) Como los artículos 3o., 4o., 5o. y 6o. del acto acusado, efectúan en la misma forma , reajustes a la pensión, con base en una cifra, a la cual se le confirió efectos retroactivos que no correspondían , y a su vez, a este valor se le agregaron porcentajes por conceptos, de reajustes pensionales, obtenidos con base en cuantías erradas, los valores que finalmente se ordenan pagar, no corresponden a la realidad, y son violatorios de la ley.

8) Por el motivo antes expuesto, el artículo 6o. del acto acusado, cuantifica la pensión con su reajuste, en un valor de veinticuatro mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (24.384.50) a partir del primero de enero de 1.979, cuando el sueldo mensual de la titular de la pensión en ese año, apenas ascendía a catorce mil novecientos treinta pesos (14.930.oo).

Con base en lo expuesto, la Sala considera, que esta forma de liquidación del acto demandado, es violatorio de la ley, y por lo tanto la resolución debe ser anulada.

Como del examen del expediente se observa que la imprecisión del acto administrativo se debió a un error en la operación administrativa de liquidación de la pensión, en la cual no tuvo intervención alguna la beneficiaria, la CAJA NACIONAL deberá tener en cuenta su buena fe, para los efectos previstos en el Artículo 136 del C.C.A.

Por lo anterior, la Resolución es anulable, pero solo en cuanto se refiere al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho de la señora JULIA TERESA TAFUR HERRAN a devengar pensión.

Ello obliga a la entidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago.

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: *DECLARASE PARCIALMENTE NULO EL ARTICULO 1o DE LA RESOLUCION No. 3586 DE 22 DE MAYO DE 1.980, POR LA CUAL LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL RECONOCIO A LA SEÑORA JULIA TERESA TAFUR HERRAN IDENTIFICADA CON LA CEDULA DE CIUDADANIA No 20.003.971 DE BOGOTA D.E. UNA PENSION MENSUAL DE JUBILACION, PERO SOLO EN CUANTO AL MONTO DE LA PRESTACION.*

SEGUNDO: Decláranse nulos los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., y 6o. de la misma resolución.

TERCERO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE , COMUNIQUESE. Una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiseis (26) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1.992).

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO PRESUNTO NEGATIVO/ RECURSOS/VIA GUBERNATIVA- Agotamiento

Contra el acto presunto -que se estima negativo- solo cabe el recurso de reposición, puesto que lo que expide el representante legal de un establecimiento público del orden departamental, que no tiene superior jerárquico. Y el recurso de reposición según se sabe , no es obligatorio sino facultativo. En este caso, pese a no estar obligada a interponer el recurso aludido, la demandante lo presentó, luego es incuestionable el agotamiento de la vía gubernativa y la controversia ha de analizarse en el fondo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre Veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.* Referencia: Expediente Nº. 5077. Autoridades Departamentales. Actor: Blanca Cecilia Vega de Torres.

En grado de consulta ha venido a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida el 23 de abril de 1990 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho -que para entonces ya se llamaba de nulidad y restablecimiento del derecho- y por

intermedio de apoderado, la señora Blanca Cecilia Vega de Torres formuló ante el Tribunal estas pretensiones;

"1a.- Es nulo el acto tácito por medio del cual, el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, niega por silencio administrativo, el reconocimiento y pago de la prestación reclamada por el demandante, radicada bajo el No. 237 de mayo 6 de 1987 y el recurso de reposición formulado mediante memorial de 15 de septiembre de 1989.

2a.- CONDENASE al Fondo demandado , a pagar al demandante, el valor de su CESANTIA PARCIAL a que tiene derecho, que se liquidará teniendo en cuenta el último salario devengado por todo el tiempo servido, según la documentación que obra en el expediente que contiene los antecedentes administrativos y la que se presente para su liquidación.

3a.- El cumplimiento del fallo se hará dentro del término de treinta (30) días siguientes a su comunicación (art. 176 y 177 C.C.A.)" (folio 1).

Argumentó la configuración del silencio administrativo acerca de la petición formulada el 6 de mayo de 1987 y del recurso de reposición que contra ese acto ficto negativo elevó el 14 de septiembre de 1989. Dijo que conforme a las normas citadas en la demanda tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación solicitada.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal encontró que sí se presentó el silencio administrativo y accedió a las súplicas impetradas y expresó dentro de los fundamentos de su decisión:"...la Caja Departamental de Previsión Social de Nariño incurrió en Silencio Administrativo negativo al haberse abstenido de resolver la petición de liquidación parcial de cesantía dentro del término de ley, a que tiene derecho la docente BLANCA CECILIA VEGA DE TORRES, pese a existir los presupuestos probatorios para su reconocimiento (....) Corresponderá por esto al Tribunal, suplir el silencio administrativo en que incurrió (la entidad demandada) y declarar la nulidad del acto ficto correspondiente". (folios 27-28).

EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Fiscal Quinto de la Corporación solicita revocar la sentencia consultada y en su lugar proferir fallo inhibitorio como quiera que a- su juicio- no se agotó la vía gubernativa con respecto a los recursos contra el acto ficto negativo.

Surtido el trámite legal, sin que se observe causal de nulidad, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Lo primero que observa la Sala es que en este caso sí se agotó la vía gubernativa en debida forma, razón por la cual la accionante tuvo el camino abierto a la jurisdicción.

En efecto, ya se ha sostenido en casos similares al presente que contra el acto presunto - que se estima negativo- solo cabe el recurso de reposición, puesto que lo expide el representante legal de un establecimiento público del orden departamental, que no tiene superior jerárquico. Y el recurso de reposición, según se sabe , no es obligatorio sino facultativo.

En este caso, pese a no estar obligada a interponer el recurso aludido, la demandante lo presentó el 14 de septiembre de 1989 (folio 7), luego es incuestionable el agotamiento de la vía gubernativa y la controversia ha de analizarse en el fondo.

Aparece probado que el día 6 de mayo de 1987 la accionante y su esposo pidieron al Gerente del Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño, "el estudio y liquidación de nuestras cesantías parciales, las cuales se nos hacen indispensables para la reconstrucción y mejoras de nuestra vivienda" (Folio 10, cd. 2).

Está probado también la obligación contractual establecida entre los esposos Torres Vega para construir el segundo piso de su residencia ubicada en la Calle 19E con (Sic) No. 45-48 Urbanización Santa Rita de Bogotá, así como una obligación hipotecaria sobre el mismo inmueble con la firma "CORPAVI", todo lo cual justifica las inversiones que la accionante debía realizar con el producto de la prestación solicitada.

Por lo anterior, y por las pruebas obrantes en el proceso , la Sala encuentra que le asiste razón a la demandante en la solicitud prestacional formulada a la Administración, razón por la cual mantendrá la decisión del a-quo.

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 consultada, proferida el 23 de abril e1990 por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso iniciado por Blanca Cecilia Vega de Torres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintiseis (26) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker , Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SALARIO EN MORA-Semana Vencida

Lo que el acuerdo 60 estableció fue una forma de liquidar el salario de los trabajadores de Medellín en las dependencias de Fondos Comunes, Empresas Varias y Departamento de Valorización, advirtiendo que se pagaría por semana vencida y mediante el sistema de salario-hora. Es apenas obvio que al fijar un período de pago -semana vencida- a los trabajadores del Municipio en las secciones ya citadas, el Acuerdo 60 de 1961 no estableció escalas de remuneración ni ofició las ya existentes; tan solo dijo que el salario se pagaría semanalmente y así permitió determinar, a través del sistema salario-hora, cuánto devenga un empleado de cualquiera de las tres secciones mencionadas en una semana de servicios. Lejos de violar el Acuerdo 60 de 1961, lo que hace el Municipio de Medellín es acatarlo, según se desprende de los actos acusados. En efecto, si el demandante ocupa el cargo de Celador, cuya jornada laboral es especial, para determinar la remuneración de cada hora de servicios, es decir el factor salario hora, debe tenerse en cuenta, como lo hacen las resoluciones controvertidas, el sueldo mensual y la intensidad de la jornada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C. septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente : *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente Nº.5476. Apelación Sentencia. Actor: Abelardo Cardona Sepúlveda.-

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de noviembre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderada y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Abelardo Cardona Sepúlveda pidió al Tribunal anular las resoluciones: 854 (agosto 14) de 1986, del Departamento de Personal del Municipio de Medellín , por medio de la cual se le negaron las peticiones formuladas en escrito de 1º de abril de 1986; y 105 (marzo 17) de 1987, de la Secretaría de Servicios Administrativos de la misma ciudad, que al desatar la apelación confirmó en todas sus partes la primera. Como consecuencia, solicitó el restablecimiento de su pretendido derecho consistente en que se le liquide su sueldo con base en el salario- hora que tiene asignado la Categoría 4C curva 2 del personal operativo del Municipio de Medellín, y el reajuste de salarios causados entre enero de 1983 y marzo de 1989; de la sobre remuneración por trabajo nocturno, de los dominicales y feriados y de las demás prestaciones sociales reconocidas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal denegó las súplicas impetradas . Para ello analizó el Acuerdo 60 de 1961 del Municipio de Medellín, disposición que la demanda estima violada y dijo que allí lo que se hizo fue regular un período de pagos detallado, el cual fue posteriormente cambiado para realizarlos quincenalmente (Acuerdo 8 de 1985). Sostuvo que el artículo 3º de la ley 6a. de 1945 está vigente y de acuerdo a su texto el demandante tenía jornada especial hasta de 12 horas por las especiales características de su trabajo, hecho recogido en los decretos 272 de 1975 y 086 de 1983. Señaló que el salario mínimo legal se estipula igualmente para la jornada ordinaria y especial autorizada por la ley y advirtió: "...el razonamiento que la Administración pública le da al factor *hora* allí impuesto y consignado en las resoluciones atacadas no es acomodaticio y tiene justificación para habilitar el sistema de pagos en períodos de 7 días que luego y por el Acuerdo No. 8 de 1985, lo elevó a los 14 " (folio 146).

FUNDAMENTOS DEL APELANTE

La apoderada del demandante discurre sobre las modalidades de salario, a saber: por unidad de tiempo, por unidad de obra o destajo o por piezas, por tarea y "otros sistemas". Dice que la sentencia no consulta la realidad jurídica de la norma que invocó como violada ya que no se persigue el pago de horas extras ni recargos especiales, sino la liquidación del salario por hora, conforme al Acuerdo 60, el que - según está probado- se encuentra vigente.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto pide que se confirme la sentencia apelada. Señala al efecto:

> "La Administración mediante los actos acusados calculó el factor hora multiplicando el salario mensual por doce meses y lo dividió por el último número de horas , ocho (8) a doce (12) según el caso. En estas condiciones la liquidación hecha por el Municipio de Medellín -Departamento de Personal - se ajustaría a derecho por ser una jornada especial de trabajo y por estar vinculado el demandante a la Secretaría de Gobierno del Municipio, no sujeta al régimen de excepción señalado en el artículo transcrito" (folio 161).

Se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Ante todo observa la Sala que el artículo 1º del Acuerdo 60 de 1961 del Concejo de Medellín, que la demanda considera vulnerado, no es aplicable al *sub-lite*. En efecto , en ella se indica que el señor Cardona Sepúlveda labora como Celador de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Medellín y la norma en cita dice textualmente, con subrayas de la Sala:

> "1º . A partir del diez y seis (16) de Octubre de este año, el pago a todos los tabajadores al servicio del Municipio de Medellín en *sus Secciones de fondos Comunes, Empresas Varias y Departamento Administrativo de Valorización,* se hará por semana vencida y se liquidará de acuerdo con el sistema de salario hora".

Pero aún si laborara en alguna de las tres dependencias señaladas del Municipio de Medellín, los actos acusados no resultarían violatorios del mencionado Acuerdo 60 de 1961, porque a éste no puede dársele la interpretación pretendida en el libelo.

Como ya ha tenido la Sala oportunidad reiterada de advertirlo en casos similares al presente, lo que el Acuerdo 60 de 1961 estableció fue una forma de liquidar el salario de los trabajadores de Medellín en las dependencias de Fondos Comunes, Empresas Varias y Departamento de Valorización, advirtiendo que se pagaría por semana vencida y mediante el sistema de salario- hora.

Pero es apenas obvio que al fijar un período de pago - semana vencida- a los trabajadores del Municipio en las secciones ya citadas, el Acuerdo 60 de 1961 no estableció escalas de remuneración ni modificó las ya existentes; tan sólo dijo que el salario se pagaría semanalmente y así permitió determinar,

a través del sistema salario- hora, cuánto devenga un empleado de cualquiera de las tres secciones mencionadas en una semana de servicios.

Lejos de violar el Acuerdo 60 de 1961, lo que hace el Municipio de Medellín es acatarlo, según se desprende de los actos acusados.

En efecto, si el demandante ocupa el cargo de Celador, cuya jornada laboral es especial, para determinar la remuneración de cada hora de servicios, es decir el factor salario hora, deba tenerse en cuenta, como lo hacen las resoluciones controvertidas, el sueldo mensual y la intensidad horaria de la jornada.

Conforme a lo anterior es ineludible concluir que los actos acusados mantienen incólume la presunción de legalidad que los ampara y que la decisión del a-quo que así lo decidió amerita confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 13 de noviembre de 1990 por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso iniciado por Abelardo Cardona Sepúlveda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 26 de agosto de 1992.-

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO- Estabilidad/**ESCALAFON DOCENTE/INGRESO AUTOMATICO-**Improcedencia

Los profesores de tiempo completo o parcial, por el solo cumplimiento de un año de vinculación a una institución universitaria oficial, no adquieren la condición de docentes escalafonados en carrera, hecho que es en realidad el que otorga estabilidad relativa en el empleo de profesor universitario, en la forma consagrada en él, vale decir, de acuerdo con la categoría de escalafón a que pertenezcan. La culminación del primer año de vinculación a un centro universitario oficial, tan solo da al educador el derecho a solicitar su escalafonamiento en la carrera. Resulta lógico que el solo transcurso del término mencionado no implique el ingreso automático del profesor universitario a la mencionada carrera, porque ello equivaldría a desconocer que el mismo Decreto 80 de 1980, establece que para acceder a ella, el interesado debe acreditar determinados requisitos y condiciones , que hacen referencia a las calidades académicas y profesionales y a la experiencia del respectivo docente. No puede admitirse que por mandato del artículo 97 del Decreto 80 de 1980, basta el transcurso del primer año de servicios a una institución universitaria oficial, para que, *ipso facto*, la persona que se desempeñe como docente adquiera fuero de relativa inamovilidad en el empleo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrada Ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente Nº. 3281 Autoridades Departamentales. Actor: Edilberto Rafael Santos Moreno.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de diciembre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira mediante la cual se denegaron las pretensiones del demandante, consistentes en la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 351 y 364 de 15 y 26 de agosto de 1986 de la Universidad de la Guajira por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor Edilberto Rafael Santos Moreno en el cargo de profesor de tiempo completo adscrito a la facultad de Ingeniería Industrial de ese centro educativo, en su reintegro al empleo mencionado y en el pago de los salarios , primas , bonificaciones y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el lapso en que permanezca separado del servicio público.

El Tribunal para despachar adversamente al accionante las súplicas del libelo, consideró que "En ningún momento el actor demostró estar escalafonado en carrera administrativa, ni gozar de período fijo, ni nada en fin , que impidiera a la administración hacer uso de su facultad para remover libremente, mediante la declaración de insubsistencia a un empleado no amparado por fuero de estabilidad" y que "en el proceso está acreditado que al expedir las Resoluciones acusadas estaba actuando de conformidad a la facultad discrecional que tiene la administración de nombrar y remover libremente a sus empleados."

Al sustentar el recurso de alzada la parte actora manifiesta su inconformidad con la tesis del *a-quo*, en el sentido de que por no encontrarse escalafonado en carrera el actor no gozaba de estabilidad laboral, pues, en su sentir, al entrar en vigencia el capítulo VI del título III del decreto 80 de 1980, aunque el reglamento del personal docente de la Universidad de la Guajira no estuviere aprobado, sus profesores de tiempo completo y parcial no eran de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año previsto en el artículo 109, toda vez que "Si una institución oficial de educación superior no tenía estatuto de personal docente antes de la expedición del Decreto Ley 80 de 1980, ni lo ha tenido con posterioridad al mismo, para su personal docente se aplican las disposiciones generales contenidas en el capítulo VI título Tercero (artículos 91 a 121) del mencionado decreto."

Y agrega que "en ninguno de sus artículos el D.L. 80/80 establece que cuando en una universidad no está aprobado por el Gobierno Nacional el reglamento de personal docente, esto determine que los docentes carezcan de estabilidad y puedan ser removidos libremente de su empleo.", y más adelante expresa que "es absurdo y fuera de toda lógica jurídica interpretar el Decreto Ley 80 de 1980 en el sentido de que la no existencia de un reglamento o

estatuto de personal docente debidamente aprobado, derogue automáticamente todo el capítulo VI del título III del decreto en mención y más específicamente el artículo 97 del mismo."

Así mismo, señala el apelante que la desviación de poder se halla suficientemente acreditada en el *sub-lite* a través de los testimonios recepcionados en el proceso quedando "plenamente demostrado que el móvil de las resoluciones atacadas está en la vendicta, en el desquite que el doctor Aguilar Ocando dirigió contra mi representado a raíz de denuncias sobre irregularidades que tuvieron relación de causalidad con la actividad de Directivo Sindical desempeñada por el actor." (folio 89).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación opina que la sentencia debe confirmarse porque los fundamentos de la impugnación del acto acusado relativos al desconocimiento de la estabilidad laboral que amparaba al accionante y a la desviación de poder endilgada al nominador, carecen de respaldo probatorio. Agrega respecto de las declaraciones recepcionadas en el proceso, que si bien ellas dan cuenta de las denuncias formuladas por la Asociación Sindical de Profesores "ASPU" y el Consejo Estudiantil de la Universidad de la Guajira, no conducen a la certeza absoluta de la configuración de la aludida desviación de poder, pues no reflejan el nexo causal entre dichas denuncias y la remoción del demandante.

Igualmente, la agencia del Ministerio Público señala que las afirmaciones de uno de los testigos referentes a que el rector encargado de la Universidad demandada expuso como posible causal de retiro del recurrente las denuncias que éste había hecho ante la Procuraduría, no son de recibo porque no fueron ratificadas por el doctor Orcasitas, quien además no fue el expedidor del acto demandado.

Por último la Agencia Fiscal anota que "las extraordinarias calidades personales, profesionales, docentes y de buen desempeño del cargo, no limitan per se la facultad discrecional como lo tiene sentado la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado."

Surtido el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se cuestiona la legalidad de la resolución por la cual se declaró la insubsistencia del actor del cargo de profesor de tiempo completo de la Universidad de la Guajira adscrito a la Facultad de Ingeniería Industrial porque se considera que, en virtud de lo previsto en el artículo 97 del decreto 80 de

1980, en armonía con el artículo 109 *ibídem*, el accionante gozaba de fuero de relativa estabilidad por haberse desempeñado como docente en el claustro citado, durante más de un año y porque su remoción no se produjo para mejorar el servicio, sino como "el resultado de un 'desquite', de una vindicta; se castigó así el espíritu gremial indoblegable de mi representado y el papel de denuncia ejercido durante su período de Secretario General de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios 'ASPU' - Seccional - Guajira. Perdió su empleo por negarse - durante sus funciones de directivo sindical, y después como simple activista de base- a traicionar los intereses de su gremio y el de la comunidad universitaria en general."

Reza así el artículo 97 del decreto 80 de 1980:

"Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial están amparados por el régimen especial previsto en este Decreto y, aunque son empleados públicos, no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el artículo 109 de este Decreto, cuando se trate de un primer nombramiento en la institución.

Por su parte el artículo 109 *ibídem* preceptúa:

"La pertenencia al escalafón confiere estabilidad al docente de tiempo completo y de tiempo parcial así:

"La calidad de Instructor o de Profesor Auxiliar otorga estabilidad por períodos sucesivos de dos años calendario a partir del segundo año, cuando el docente podrá solicitar su inscripción en el escalafón.

"La calidad de Profesor Asistente otorga estabilidad por períodos sucesivos de tres años calendario.

"La calidad de Profesor Asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro años calendario.

"La calidad de Profesor Titular otorga estabilidad por períodos sucesivos de cinco años calendario.

"Si con antelación no inferior a un mes a la fecha de vencimiento del período respectivo, la institución no manifestare al docente su decisión de dar por terminada la relación Laboral, ésta continuará vigente por un nuevo período.

"Todo primer nombramiento de un docente de tiempo completo o de tiempo parcial *será por el término máximo de un año, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón.*"

PARAGRAFO.- Este artículo se aplicará sin perjuicio de las situaciones jurídicas individuales consolidadas conforme a derecho mientras el docente permanezca al servicio de la institución a la que se encuentre vinculado en la fecha de expedición del presente Decreto."

Infiérese del artículo últimamente transcrito que los profesores de tiempo completo o parcial, por el solo cumplimiento de un año de vinculación a una institución universitaria oficial, no adquieren la condición de docentes escalafonados en carrera, hecho que es en realidad el que otorga estabilidad relativa en el empleo de profesor universitario, en la forma consagrada en él, vale decir, de acuerdo con la categoría del escalafón a que pertenezcan. La culminación del primer año de vinculación a un centro universitario oficial, tan sólo da al educador el derecho a solicitar su escalafonamiento en la carrera, según claramente se expresa en dicha norma.

Resulta lógico que el solo transcurso del término mencionado no implique el ingreso automático del profesor universitario a la mencionada carrera, porque ello equivaldría a desconocer que el mismo decreto 80 de 1980 , establece que para acceder a ella, el interesado debe acreditar determinados requisitos y condiciones (art. 110), que hacen referencia a las calidades académicas y profesionales y a la experiencia del respectivo docente.

De ahí, que no pueda admitirse que por mandato del artículo 97 del citado decreto, basta el transcurso del primer año de servicios a una institución universitaria oficial, para que, ipso facto, la persona que se desempeñe como docente adquiera fuero de relativa inamovilidad en el empleo, como lo sugiere el demandante y ahora recurrente, pues una correcta interpretación de dicha disposición no puede efectuarse con tal independencia de las demás normas que regulan la educación post secundaria o superior consagradas en el decreto 80 de 1980, ello podría conducir al desconocimiento del verdadero alcance de la preceptiva que gobierna el régimen de escalafón o de carrera previsto en el mismo estatuto, conforme a la cual sólo la inscripción en una de las categorías que comprende, genera el privilegio de relativa inamovilidad que el actor reclama.

Sobre el particular la Sala se había pronunciado ya en los siguientes términos:

"De suerte que es desacertado afirmar que, según lo dispuesto en el inciso final del artículo transcrito, basta el desempeño durante un año como profesor de tiempo completo o de tiempo parcial en dichas instituciones, para adquirir el privilegio de inamovilidad relativa que ampara a los educadores inscritos en el escalafón respectivo. No. El cabal entendimiento de dicha norma es el que la persona que se ha desempeñado como docente de tiempo completo o parcial durante un año, puede solicitar su ingreso al citado escalafón, vale decir, sólo tales

profesores adquieren vocación para acceder a cualquiera de las categorías que comprende el escalafón docente reglamentado por el Decreto 80 de 1980.

"Por manera que, para una correcta inteligencia del art. 97 del referido Decreto, que prevé que los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el art. 109 del mismo estatuto, debe tenerse en cuenta lo dicho anteriormente, esto es, que la calidad de docente de libre nombramiento y remoción no desaparece por el simple transcurso del susodicho año, sino cuando transcurrido éste, el profesor en virtud de la solicitud correspondiente, ingresa al escalafón en cualquiera de las categorías contempladas en el art.108 del decreto citado.

"Y esta interpretación del art. 97 es apenas lógica porque junto con los demás artículos del Decreto 80 de 1980, conforma un todo normativo, cuyas disposiciones guardan correlación entre sí, de suerte que un adecuado entendimiento de cualquiera de ellas no puede obtenerse de su texto aislado, sino en armonía con todas las reglas y directrices que allí se plasman.

"Colígese de lo anterior, que sin haber demostrado el accionante su inscripción en el escalafón docente de la Universidad de la Guajira, en donde se desempeñaba como educador, cualquiera sea la razón para ello (inexistencia de Estatutos de Reglamento para el Personal docente en esa entidad, ausencia de solicitud o de demostración de los requisitos académicos o profesionales para el ingreso, etc.), pues para el caso es indiferente, debe considerársele como un docente de libre nombramiento y remoción que podía ser separado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional que al efecto asiste a la autoridad nominadora." (Ref.: Expediente No. 3197, Actor: Edgardo Monroy Valencia, Consejera Ponente Doctora Dolly Pedraza de Arenas. Sentencia de 11 de sept. de 1991).

En este orden de ideas, como el demandante no acreditó hallarse inscrito en el escalafón docente de la Universidad demandada, debe concluirse que carecía de estabilidad relativa en su empleo de educador de tiempo completo en ese centro universitario y, consiguientemente, podía ser removido de su cargo discrecionalmente.

De otra parte, las pruebas allegadas al expediente con miras a demostrar la desviación de poder a que se alude en el libelo son:

1) Certificación expedida por la seccional de la Guajira de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios ASPU, respecto de la cual el presidente

y el secretario de esa organización sindical, efectuaron el reconocimiento de sus firmas (fl. 71).

En ésta se da cuenta que el actor ocupó el cargo de secretario de esta asociación durante el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1984 y el 17 de julio de 1985. (fl. 30).

2) Testimonios de los siguientes docentes de la universidad demandada: Jesús María Consuegra Gutiérrez (fl. 65), Miguel Antonio Jaraba Garay (fl. 65 vto.), Plinio López Jiménez (fl. 67 vto.), Jairo Manuel Salcedo Dávila (fl. 68) y Roberto de Jesús Mendoza Cabello (fl. 69) y de los estudiantes Rubén Darío Osorio Hoyos (fl. 66), Jesús Antonio Ariza Acosta (fl. 67), Clemente Rafael Márquez Cayón (fl. 69 vto.) y Ricardo Díaz Marulanda (fl. 70).

Los deponentes coinciden en sus relatos sobre las reacciones de los distintos estamentos de la universidad de la Guajira ante la remoción del accionante como profesor de la misma, la mayoría de ellos se refieren también a las denuncias que la seccional de la Guajira de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios "ASPU" hizo ante la Procuraduría contra el nominador; empero sólo tres testigos establecen una relación de causalidad entre dichas acusaciones y la desvinculación del demandante.

En efecto, el doctor Plinio López Jiménez al ser interrogado sobre si existieron represalias del rector por las referidas denuncias, expresó que al enterarse de ellas, éste llamó al ingeniero Roberto de Jesús Mendoza y le dio "el nombre de cinco profesores o más a los cuales él podía desmejorarlos o despedirlos, pero que él no estaba en esa tónica y que nos pedía que nos retractáramos de las denuncias hechas" y que ante la ratificación de tales acusaciones, se procedió a declarar la insubsistencia del profesor Edilberto Santos. Sin embargo, llama la atención de la Sala el hecho de que el propio Mendoza Cabello en sus declaraciones no haga ninguna referencia al episodio relatado por el señor López Jiménez, a pesar de que también se le interrogó acerca de las acusaciones contra el rector Jairo Aguilar Ocando (fl . 69).

De otro lado, los estudiantes Márquez Cayón y Díaz Marulanda aseveran que el doctor Orcasitas, rector encargado de la Universidad, al indagársele sobre los motivos de la remoción del actor, expresaron que tal vez el doctor Aguilar como ser humano, después de ciertas acusaciones que se le hicieron ante la Procuraduría, había tomado esa determinación como represalia . (fls. 69 v. y 70).

Sobre estos testimonios la Sala considera válidos los reparos de la Fiscalía en el sentido de que ellos no son valederos pues por una parte, no aparece que el doctor Orcasitas haya aceptado haber hecho tal aseveración y por otra, por no haber sido él quien profirió el acto demandado, su opinión

sobre el particular no pasa de ser una simple suposición de alguien ajeno a la producción del acto.

Las circunstancias anotadas, impiden otorgarle a estas aseveraciones de los testigos valor probatorio suficiente para acreditar la interdependencia causal entre los hechos expuestos por el actor en el libelo.

3) La diligencia de inspección judicial practicada a las dependencias de la Universidad de la Guajira (fl. 57), nada aportó al esclarecimiento de las razones que el nominador tomó en consideración para proferir el acto acusado.

De conformidad con lo dicho, la prueba testimonial, en general, permite establecer que hubo algunas denuncias contra la gestión administrativa del doctor Jairo Aguilar Ocando rector de la Universidad de la Guajira y que el actor participó en su formulación, más ni de ella ni de las demás pruebas obrantes en autos, puede colegirse con certeza absoluta que existió un nexo causal entre su actividad acusatoria y la declaración de insubsistencia de su nombramiento como profesor de ese centro universitario; de modo, que al no aparecer acreditado el lazo vinculante entre las referidas denuncias y la expedición del acto impugnado no puede admitirse que se dio la desviación de poder invocada por el libelista como causal de nulidad de resolución de insubsistencia .

Por las razones expuestas, esto es, por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara los actos demandados, se impone la confirmación del fallo objeto de impugnación.

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 diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira en el proceso incoado por Edilberto Rafael Santos Moreno contra la Universidad de la Guajira.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

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

Eneida Wadnipar Ramos Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteró además la jurisprudencia contenida en el fallo de 11 de septiembre de 1991, Exp. 3197, Actor: Edgardo Monroy Valencia, Consejero Ponente: Dra DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, sobre la estabilidad del personal docente y el ingreso al escalafón.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Principios Fundamentales/**DESARROLLO LEGAL**

En cuanto a la violación del artículo 26 de la Carta de 1886, teniendo en cuenta que la sentencia no dio al actor la protección que requería porque se le juzgó y condenó con violación del derecho de defensa, es preciso señalar que, la infracción de preceptos constitucionales que como el que indica el recurrente contienen principios fundamentales que requieren desarrollo legal, sólo es viable mediante las disposiciones legales que lo desarrollan, como lo ha sostenido la Sala en varias oportunidades y el recurrente no invocó norma alguna cuya violación directa pueda examinarse.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica

La Corporación reiteradamente ha sostenido que el recurso de anulación consagrado en los artículos 194 a 203 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoria, no puede fundamentarse en causal distinta a las establecidas en el artículo 197, o sea la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, ni formularse como un alegato de instancia. La violación directa debe surgir como consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca y debe consistir en que ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a los elementos probatorios de hechos debatidos en el proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

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

Eneida Wadnipar Ramos Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteró además la jurisprudencia contenida en el fallo de 11 de septiembre de 1991, Exp. 3197, Actor: Edgardo Monroy Valencia, Consejero Ponente: Dra DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, sobre la estabilidad del personal docente y el ingreso al escalafón.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Principios Fundamentales/**DESARROLLO LEGAL**

En cuanto a la violación del artículo 26 de la Carta de 1886, teniendo en cuenta que la sentencia no dio al actor la protección que requería porque se le juzgó y condenó con violación del derecho de defensa, es preciso señalar que, la infracción de preceptos constitucionales que como el que indica el recurrente contienen principios fundamentales que requieren desarrollo legal, sólo es viable mediante las disposiciones legales que lo desarrollan, como lo ha sostenido la Sala en varias oportunidades y el recurrente no invocó norma alguna cuya violación directa pueda examinarse.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica

La Corporación reiteradamente ha sostenido que el recurso de anulación consagrado en los artículos 194 a 203 del C.C.A., como medio de impugnación de una sentencia ejecutoria, no puede fundamentarse en causal distinta a las establecidas en el artículo 197, o sea la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, ni formularse como un alegato de instancia. La violación directa debe surgir como consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca y debe consistir en que ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a los elementos probatorios de hechos debatidos en el proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente N^{o}. 3132 Recurso Extraordinario de Anulación Actor : Leopoldo Javier Burbano Espinoza.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de septiembre 24 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso adelantado por el señor Leopoldo Javier Burbano Espinosa.

Una vez admitido el recurso por auto de octubre 6 de 1988 (folio 225 cdno. ppal.) y realizado el trámite correspondiente, *la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado*, en su concepto de fondo de abril 18 de 1989, opina que el citado recurso no está llamado a prosperar, con base en las consideraciones que se transcriben a continuación:

"El artículo 197 del Código Contencioso Administrativo dispone:

"Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley Sustantiva."

A juicio de la Fiscalía el recurso interpuesto no está llamado a prosperar.

Es sabido que al exigirse la violación directa, no es posible estudiar las pruebas aportadas al proceso.

En el caso *sub-judice* es indudable que habría que analizar el material probatorio aportado y no siendo ello posible no puede desvirtuarse la conclusión a la cual llegó el Tribunal." (folio 253 cdno. ppal).

La sentencia objeto del recurso de anulación, no accedió a las súplicas de la demanda para que se declarara la nulidad de las resoluciones Nos. 6349 de noviembre 7 de 1985 y 00529 de febrero 11 de 1986 dictadas por el Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales se sancionó al actor con 30 días de suspensión y sin derecho a remuneración en el cargo de Médico General, grado 36, de la Seccional ISS del Departamento del Cauca.

Como conclusión expuso el *a-quo* en la sentencia recurrida lo siguiente:

"1o.) El Decreto 1651 de 1977 consagra las garantías mínimas que constitucionalmente amparan el derecho de defensa.

2o.) La existencia de un régimen disciplinario especial que no consagra la remisión expresa a otras normas para llenar vacíos, impide que ante los mismos se acuda a otros estatutos procesales.

3o.) El procedimiento disciplinario seguido al doctor Leopoldo Javier Burbano dio cumplimiento a las garantías que tutelan el derecho de defensa consagradas expresamente en el Dcto. 1651 de 1977: se le sancionó por un hecho prohibido previamente en la ley que gobierna el juzgamiento, quien impuso la sanción fue el funcionario competente para tal efecto, y por último se siguió el procedimiento que en forma especial regula la Ley para los funcionarios de la Seguridad Social, por lo cual no puede alegarse violación de las formas propias de cada juicio cuando se han observado los principios procedimentales establecidos en este régimen.

Por último, conviene anotar que en el análisis del caso el Tribunal se circunscribió a las disposiciones que el actor citó como violadas por la parte demandada.

No puede la sentencia examinar normas no invocadas con la finalidad de encontrar en una de ellas si hubo o no vulneración del derecho pretendido, pero sí puede y debe examinar aquellos preceptos que sustentan precisamente la validez de los actos demandados.

De allí que se verificó si efectivamente el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales cumplió el procedimiento establecido en el Dcto. 1651 de 1977.

Como lo ha dicho reiteradamente la Jurisprudencia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es oficiosa sino rogada por lo que toda sentencia debe declarar si el acto acusado viola o no en su recto sentido las disposiciones citadas en la misma." (folios 200 y 201 cdno ppal).

En el recurso de anulación presentado por el apoderado del actor, se afirma que el fallo recurrido viola el artículo 26 de la Constitución Política anterior y el artículo 137 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo (folio 208 cdno ppal).

En los cargos que se formulan contra la sentencia, se manifiesta que dentro del proceso contencioso administrativo se planteó que la acción gubernativa disciplinaria adolecía de las siguientes fallas:

a) *Inconexidad Jurídica Procesal.*

b) *Falsa Motivación.*

c) Las *Pruebas* Recibidas y en especial las *Testimoniales* no se practicaron de conformidad con las formas propias del debido proceso; que al atribuirse para sí el juzgador la facultad de rebajar la cuantía expuesta en el libelo, al fallar se está haciendo contraparte en el proceso, por lo que se

limita el ejercicio del derecho de defensa y se cae en la absoluta arbitrariedad. Y concluye así la parte demandante los planteamientos hechos en el escrito contentivo del recurso de anulación:

> "IV.- Proferida la Sentencia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cauca, en la forma como está concebida, desconoce los principios del debido proceso, el de ser oído, el de interponer recursos, el de pedir pruebas, consagrados en el artículo 26 de la Constitución Nacional.
>
> Viola el mismo artículo 26 de la Constitución Nacional, pues anticipadamente se había interpuesto el recurso de apelación, y en la sentencia se baja abruptamente la cuantía para evitar una segunda instancia, en concordancia con el artículo 137 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo." (folio 216 cdno ppal).

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Corporación reiteradamente ha sostenido que el recurso de anulación consagrado en los artículo 194 a 203 del Código Contencioso Administrativo, como medio de impugnación de una sentencia ejecutoriada, no puede fundamentarse en causal distinta a las establecidas en el artículo 197, o sea la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, ni formularse como un alegato de instancia. La violación directa debe surgir como consecuencia de enfrentar objetivamente y sin ninguna intermediación los términos de la sentencia con los de la norma constitucional o legal sustancial que se invoca y debe consistir en que ésta dejó de aplicarse o fue aplicada indebidamente o se interpretó erróneamente, sin que sea viable referirse a los elementos probatorios de hechos debatidos en el proceso.

Como se determina del análisis del escrito contentivo del recurso de anulación que ocupa a la Corporación, lo cargos formulados contra la sentencia no pueden examinarse prescribiendo de los aspectos fácticos de la litis, ya que para establecer si en el procedimiento que originó la suspensión disciplinaria del actor en el empleo que desempeñaba, hubo o no violación del derecho de defensa y del debido proceso había necesidad de estudiar el acervo probatorio, lo que no es de recibo en el recurso de anulación, por las razones comentadas.

Por otra parte en cuanto a la violación del artículo 26 de la Carta de 1886, teniendo en cuenta que la sentencia no dio al actor la protección que requería porque se le juzgó y condenó con violación del derecho de defensa, es preciso señalar que, la infracción de preceptos constitucionales que como

el que indica el recurrente contienen principios fundamentales que requieren desarrollo legal, sólo es viable mediante las disposiciones legales que lo desarrollan, como lo ha sostenido la Sala en varias oportunidades y el recurrente no invocó norma alguna cuya violación directa pueda examinarse.

En lo atinente a la infracción del artículo 137 numeral 6 del C.C.A. por la sentencia recurrida, tal disposición no pudo ser violada por dicha providencia, ya que a través del recurso de anulación, que es procedente contra sentencias de única instancia de los tribunales administrativos, no es medio procesal idóneo para cuestionar si este asunto era o no de dos instancias, como lo expone la parte actora.

Así las cosas, el recurso extraordinario de anulación no está llamado a prosperar, como bien lo indica la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de abril 18 de 1989.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 24 de septiembre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

COPIESE, NOTIFIQUESE y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada por la Sala en sesión celebrada el día veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Ausente*; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA/INSUBSISTENCIA/DESVIACION DE PODER- Improcedencia

La circunstancia de que en un lapso muy breve el accionante haya presentado su dimisión, la administración se niegue a aceptarla y en cambio disponga la insubsistencia de su nombramiento, *per se*, no es demostrativa de la existencia de móviles distintos del buen servicio en la remoción de aquel, por cuanto aún admitiendo, como se ha hecho, que el Director Administrativo le hubiera pedido renunciar, tal hecho sólo evidencia el interés de aquella de separarlo del servicio, más no revela los móviles ocultos que según el libelista le movieron a adoptar la decisión demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 4973 Apelación Sentencia Actor : Orlando Pinto Rojas.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de septiembre de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegatoria de las pretensiones de nulidad del Decreto 2834 de 3 de octubre de 1983 expedido por la Presidencia de la República, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de Orlando Pinto Rojas en el cargo de Profesional Especializado código 3010 grado 09 de la Dirección

General Administrativa del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, de reintegro a dicho cargo, de pago de los emolumentos dejados de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales en virtud de su separación del servicio y de declaratoria de inexistencia de solución de continuidad en la prestación de sus servicios para todos los efectos legales.

LA SENTENCIA

El Tribunal tras declarar no aprobada la excepción de inepta demanda propuesta por la Fiscalía 7ª. de esa Corporación, porque en ella se pidió condenar al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y no expresamente a la Nación, despachó adversamente al actor las súplicas del libelo.

Fundamentó su decisión en el hecho de no haberse demostrado con la plenitud probatoria necesaria la relación de causalidad entre la presentación de renuncia del actor por petición expresa del Director del Departamento Administrativo mencionado con el fin de satisfacer compromisos políticos y la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, "al punto de que se permitiese inferir que, realmente, hubo la desviación de poder alegada y, por consiguiente, que se tuviese también como desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado." (folio 121).

EL RECURSO

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia comentada arguyendo que tanto la prueba documental como la testimonial allegada a los autos acreditan la ilegalidad del acto acusado, pues la primera evidencia una sucesión de hechos "que tipifican que la decisión de la Administración fue la clásica respuesta ante la renuncia del funcionario presionado por el Director Administrativo, quien se la solicitó por motivos ajenos al buen servicio y como no se atemperó a ella, lo despiden mediante el formalismo de la insubsistencia." (folio 132)

De otra parte, señala que los testimonios de los doctores Luis Claver Pérez Montoya, Ricardo Adolfo Rodríguez Gama no fueron estimados en su integridad y que no se dio a los rendidos dentro de investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación por lo señores Humberto Rojas Luna y Hernando Monsalve Figueroa el mismo valor probatorio que se atribuyó al del doctor Niño Guarín "quien es un testigo parcializado, ya que precisamente fue el funcionario que a nombre del Director General le pidió la renuncia al actor y como no fue de su agrado su redacción, se optó por declararlo insubsistente." (folio 133).

Por ello, el apelante asevera que "los elementos de juicio que obran en el expediente son suficientes para la revocatoria de la sentencia recurrida y

en su lugar el pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda." (folio 133)

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que la sentencia debe confirmarse por cuanto las circunstancias de aparecer acreditado que el señor Pinto Rojas presentó renuncia del cargo que desempeñaba el 17 de septiembre de 1983, en la que manifiesta que ella no es voluntaria sino que obedece a una exigencia hecha por el Director del Departamento Administrativo, y que no le fue aceptada "por cuanto las motivaciones expresadas, no se ajustan, ni se identifican desde ningún punto de vista con la realidad", no son suficientes para demostrar que la remoción del actor obedeció a razones contrarias al buen servicio público y, por lo tanto, "No siendo otra la censura que se le formula al acto atacado y, no prosperando la aquí estudiada, lógico es concluir que la presunción de legalidad por la que está amparado aquel permanece incólume" (folio 152).

Surtido el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia se centra en determinar si la insubsistencia del accionante "está íntimamente ligado al motivo real y oculto, que no es otro, que la renuncia provocada del Actor(por compromisos políticos) y la posterior comunicación del Jefe del Departamento de Aeronáutica Civil de no aceptar la renuncia presentada por el Actor" (lo escrito entre paréntesis está fuera de texto) (folio 11 cuaderno principal), y si por esa razón el acto demandado se expidió con desviación de poder.

Sobre el particular se anota:

1.- Mediante oficio de 17 de septiembre de 1983 el demandante presentó renuncia del cargo que ocupaba en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, manifestando que lo hacía en virtud del requerimiento que le hizo el Director General Administrativo y que su "desvinculación obedece estrictamente a compromisos políticos de inmediato cumplimiento" (folio 41 cuaderno principal).

2.- Con fecha 29 de septiembre de 1983, el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, envió al doctor Pinto Rojas una comunicación en la que le decía: " Por medio del presente oficio, doy contestación a su carta de renuncia presentada el día 17 de septiembre/83, manifestándole que no se acepta por cuanto las motivaciones expresadas, no

se ajustan, ni se identifican desde ningún punto de vista con la realidad." (folio 43 cuaderno principal).

3.- La declaratoria de insubsistencia del accionante se dispuso por medio de la Resolución No. 2834 de 3 de octubre de 1983. (folio 2 cuaderno principal)

4.- Con fundamento en la queja presentada por el actor, la Procuraduría Primera Delegada para la vigilancia administrativa inició una investigación disciplinaria contra el doctor Juan Guillermo Penagos Estrada, Jefe del citado Departamento Administrativo "POR EL TRAMITE IRREGULAR DADO A LA RENUNCIA DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 3010 GRADO 09, PRESENTADA POR EL DR. ORLANDO PINTO ROJAS Y POR HABER DECLARADO INSUBSISTENTE AL PETICIONARIO SIN TRAMITAR SU RENUNCIA" (folio 35 cuaderno No. 2). Sin embargo, se desconocen los resultados de esa investigación, pues a los autos no se trajeron los documentos pertinentes.

5.- En el proceso disciplinario se recibieron las declaraciones del doctor Humberto Rojas Luna quien manifestó desconocer si al actor se le había exigido dimitir de su cargo (folio 37-40 cuaderno No. 2), del Coronel Hernando Monsalve Figueroa, Ricardo Adolfo Rodríguez Gómez y Luis Claver (folios 47-48, 46-47 y 50-51 *ibidem*), quienes sí indican haber tenido conocimiento sobre los hechos en que se fundamentan las pretensiones del libelista.

Sólo los doctores Rodríguez Gama y Luis Claver rindieron testimonio en el presente proceso según consta a folios 72 a 79.

De la prueba testimonial puede inferirse que el doctor Niño, Director General Administrativo, como él mismo sostiene en la declaración que sin apremio de juramento hizo en el proceso disciplinario (folios 58-59 cuaderno No. 2), le pidió al demandante dimitir del cargo de profesional especializado que ocupaba.

No obstante, es arriesgado afirmar con base en ella que lo hizo por compromisos de orden político y que por las mismas razones se procedió a declarar insubsistente al actor, ya que no otorga plena certeza sobre el particular.

En efecto, el doctor Luis Claver Pérez quien asevera haberse enterado de los hechos litigiosos de labios del doctor Niño, ante la Procuraduría omite expresar las razones del proceder de éste, en cambio en el *sub-exámine* indica que fueron de carácter político, su proceder hace que su dicho resulte dudoso.

Por su parte, el Coronel Monsalve quien solamente declaró en el proceso disciplinario, se abstuvo de precisar si los compromisos que supuestamente

el Dr. Niño le informó que tenía, eran de carácter político y, por último el doctor Rodríguez Gama que es testigo de oídas, en virtud de que lo relatado por él manifiesta haberlo escuchado del Coronel Monsalve, cuando hace referencia a los móviles políticos de la expedición del acto acusado, expresa que fue el accionante quien le comentó sobre la existencia de éstos.

Es palpable entonces que no se demostró con la plenitud probatoria necesaria que la administración estuviera interesada en prescindir de los servicios del accionante por móviles políticos, toda vez que puede incurrirse en equívocos, dado que los elementos de juicios obrantes en autos son insuficientes para llevar al juzgador la certeza incontrovertible de que la autoridad nominadora expidió el Decreto acusado, que por lo demás emana de la Presidencia de la República, por las razones aludidas.

Resta agregar que la circunstancia de que en un lapso muy breve el accionante haya presentado su dimisión, la administración se niegue a aceptarla y en cambio disponga la insubsistencia de su nombramiento, per se, no es demostrativa de la existencia de móviles distintos del buen servicio en la remoción de aquel, por cuanto aún admitiendo, como se ha hecho, que el Director Administrativo le hubiera pedido renunciar, tal hecho sólo evidencia el interés de aquella de separarlo del servicio, más no revela los móviles ocultos que según el libelista le movieron a adoptar la decisión demandada.

En este orden de ideas, fuerza concluir que en el *sub-lite* no se demostró fehacientemente la desviación de poder atribuida al nominador en el libelo y, consiguientemente, que el acto enjuiciado continúa amparado de la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, por lo cual se impone la confirmación de la sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Orlando Pinto Rojas encaminado a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto No. 2834 de 1983 de la Presidencia de la República, por medio del cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 Grado 09 de la Dirección General Administrativa del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y el consiguiente restablecimiento del derecho.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Ausente*; Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.-

SUSTITUCION PENSIONAL-Beneficiarios/**MATRIMONIO/ SOCIEDAD CONYUGAL/SEPARACION DE CUERPOS/POTESTAD REGLAMENTARIA**-Límites/**SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

La ley 71 de 1988, hizo extensivo el derecho a la sustitución pensional de que tratan las leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, las cuales si consagran el derecho a la sustitución pensional, para los hijos que detenten la calidad de estudiantes. Para corroborar esta afirmación, basta leer el parágrafo 1°. del artículo 1°. de la ley 33 de 1973. Por esa razón no se advierte la violación de normas de orden superior; para establecerla habría necesidad de acudir a análisis de fondo, propios de la sentencia. En cuanto a la solicitud de SUSPENSION PROVISIONAL de la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal", contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989, estese a lo dispuesto en la providencia de Mayo 20 de 1.992, expediente No. 6640, Actor: DARIO VALLEJO JARAMILLO, publicada en el Boletín No. 22. En cuanto a la solicitud de SUSPENSION PROVISIONAL de la frase "o exista separación legal y definitiva de cuerpos", contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989, estese a lo dispuesto en el numeral 2o. de la providencia de junio 23 de 1992, expediente No. 6543,Actor: HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLEJO, Consejero Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente Nº. 6130. Actor : *Germán Alonso Gallo Grau*

El señor GERMAN A. GALLO GRAU, acude en demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra los artículos 6, 7 y 16 del Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

Por reunir los requisitos legales, la demanda habrá de admitirse.

Como en capítulo separado de la demanda se solicita la SUSPENSION PROVISIONAL de las disposiciones impugnadas, la Sala procede a su examen y decisión, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1) De conformidad con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que la medida de suspensión provisional sea procedente, es indispensable la reunión de los siguientes requisitos:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda, o por escrito separado, presentado antes de que aquella sea admitida.

b) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

2) En el caso presente, se cumple con el primer requisito es decir, la medida se solicitó y sustentó de modo expreso y en capítulo separado de la demanda, antes de que ella fuera admitida.

3) Para establecer la manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión provisional, a continuación se transcriben las disposiciones demandadas y las normas de orden superior que el actor considera transgredidas.

3.1. DISPOSICIONES DEMANDADAS

DECRETO 1160 DE 1989

Artículo 7o.

El Cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, *cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos* o cuando en el momento del deceso del causante

no hiciera vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho este que se demostrará con prueba sumaria.

La solicitud de suspensión de este artículo, se refiere a la parte subrayada.

Artículo 16.

Los hijos estudiantes de 18 o más años de edad, deberán acreditar la calidad de tales mediante certificación autenticada expedida por el establecimiento docente reconocido por el Ministerio de Educación, en el cual se cursen los estudios. El cambio de carrera o profesión por razones distintas de salud, hará perder el derecho a la sustitución pensional.

Artículo 6°.

Beneficiarios de la sustitución pensional

Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

a) Por muerte real o presunta;

b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c) Por divorcio del matrimonio civil.

2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y *estudiantes de 18 años o más de edad*, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez *o estudios*.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

4. A falta de cónyuge o compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez.

Parágrafo. Las órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 1°. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4°. de la Ley 71 de 1988.

3.2. NORMAS DE ORDEN SUPERIOR QUE EL ACTOR CONSIDERA VIOLADAS

LEY 71 DE 1988

Artículo 3o. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional de la ley 33 de 1973, de la ley 12 de 1975, de la ley 44 de 1980 y de la ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tenga extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiera cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores, o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiera cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

LEY 33 DE 1973

Parágrafo 1, del artículo 1°. que dispone:

Art. 1°. Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público, sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

PARAGRAFO. Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez que dependieren

económicamente de él. tendrán derecho a recibir en concurrencia con el cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudios, o al cesar la invalidez. En este último caso se aplicarán las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron o aclararon.

CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación del ordenamiento superior, lo hace consistir en lo siguiente:

a) La Ley 71 de 1988, extendió las previsiones sobre sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado e igualmente, estableció las condiciones para poder recibir tal derecho y el Gobierno Nacional, al reglamentar esta ley mediante el decreto 1160 de 1989, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Se concreta el concepto de la violación en que el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989 impone obligaciones que la Ley reglamentada no contempla, para tener el derecho a la sustitución pensional, pues prevé que el cónyuge supérstite, no tiene derecho a la sustitución pensional cuando se *haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y difinitiva de cuerpos.*

b) El artículo 16 y las palabras "*estudiantes de 18 años o más de edad y o estudiantes*", contenidas en el numeral 2°. del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989.

Considera el demandante que en estos dos artículos, el poder ejecutivo, en el ejericicio de la potestad reglamentaria, incurre en extravagancia jurídica, puesto que está reglamentando una norma que no existe, pues mediante el decreto demandado dice reglamentar la Ley 71 de 1988 y si se lee detenidamente esta ley, por ninguna parte habla de sustitución pensional para los hijos de los pensionados que tengan la calidad de estudiantes.

Para resolver, se

CONSIDERA:

1) En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal", contenida en el artículo 7°. del Decreto 1160 de 1989, advierte la Sala que la Corporación ya tuvo la oportunidad de pronunciarse. En efecto, en providencia del 20 de Mayo del año en curso, dictada en el proceso No. 6640, actor: DARIO VALLEJO JARAMILLO,

con ponencia del Consejero doctor ALVARO LECOMPTE LUNA, en lo pertinente se dijo:

> 2.4 - A todas luces, el decreto reglamentario aquí demandado, en el fragmento del artículo cuya suspensión provisional se solicita por el ciudadano actor (y su posterior nulidad), confunde *matrimonio* con *sociedad conyugal*, que siempre han tenido connotaciones distintas, aunque, obviamente, tengan estrechos nexos conceptuales entre sí. Es cierto que, por regla general, el contrato solemne de *matrimonio* hace nacer una *sociedad de bienes*, sin personería jurídica, llamada también -y comúnmente- *sociedad conyugal*, integrada y regida por los parámetros y reglas señalados en el título 22, libro *matrimonio* hace nacer una *sociedad de bienes*, sin personería jurídica, llamada también -y comúnmente- *sociedad conyugal*, integrada y regida por los parámetros y reglas señalados en el título 22, libro IV, del Código Civil (art. 180, mod. por el art. 13 del decreto -ley 2820 de 1974); más ese mismo artículo establece la primera excepción: "Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, *se presumirán separados de bienes*, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a régimen patrimonial diferente" (Se subraya). Otro ejemplo clásico del que es posible derivar la no coincidencia entre matrimonio y sociedad conyugal surge de la circunstancia de que los cónyuges hayan celebrado el contrato o convención conocido con el nombre de "capitulaciones matrimoniales", que la ley permite que celebren los *esposos* (que no es lo mismo que *cónyuges* en la acepción jurídica del término (arts. 110 y ss. del C.C.) antes de contraer matrimonio, relativo a los bienes que aportan a él y a las condiciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro (art. 1771 C.C.), entre las cuales puede estipularse cláusulas en la que se acuerde la no creación de sociedad conyugal o de bienes.

2) En lo referente a la petición de suspensión provisional de la frase "o exista separación legal y definitiva de cuerpos", contenida en el mismo artículo 6°. del Decreto 1160 de 1989, igualmente se observa que ya la Corporación tuvo la oportunidad de pronunciarse, dentro de la demanda instaurada por el señor HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLE, expediente No. 6543, auto de Julio 23 de 1992, del cual fue ponente el Consejero doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ. Por esa circunstancia, la Sala declarará que habrá de estarse a lo allí expuesto.

3) En cuanto a la *calidad de estudiante*, contenida en el artículo 16 y en la parte subrayada del numeral 2°. del artículo 6°. del Decreto 1160 de 1989, acusada por considerar que mediante ellas se reglamenta una norma inexistente, no observa la Sala la violación palmaria de norma alguna de orden superior, habida consideración de que la Ley 71 de 1988, hizo extensivo

el derecho a la sustitución pensional de que tratan las leyes 33 de 1973, 12 de1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, las cuales si consagran el derecho a la sustitución pensional, para los hijos que detenten la calidad de estudiantes. Para corroborar esta afirmación, basta leer el parágrafo 1°. del artículo 1°. de la ley 33 de 1973. Por esa razón, para el solo efecto de admitir la demanda y atender la solicitud de suspensión provisional, no se advierte la violación de normas de orden superior; para establecerla habría necesidad de acudir a análisis de fondo, propios de la sentencia, más no de la providencia con la cual se inicia el proceso: Por este aspecto, se denegará la solicitud de suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado.

RESUELVE

1) ADMITESE la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el articulo 84 del C.C.A., presenta el señor GERMAN ALONSO GALLO GRAU.

2) Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al agente del Ministerio Público, haciéndole entrega de copia de la misma con sus anexos.

3) Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al señor Presidente de la República y al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, haciéndole entrega de copia de la demanda con sus anexos.

4) Fíjese el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el artículo 207 del C.C.A.

5) No hay lugar a señalar suma alguna para depósitos por concepto de gastos ordinarios del proceso.

6) Solicítese a la entidad demandada, el envío de los antecedentes administrativos -si los hubiere-, que dieron lugar a la expedición de los actos demandados.

7) En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal", contenida en el artículo 7°. del Decreto 1160 de 1989, estese a lo dispuesto en la providencia de Mayo 20 de 1992, expediente 6640, actor: DARIO VALLEJO JARAMILLO, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

8) En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la frase "o exista separación legal y definitiva de cuerpos", contenida en el artículo 7°. del Decreto 1160 de 1989, estese a lo dispuesto en el numeral 2°. de la providencia de Junio 23 de 1992, expediente 6543, actor: HUMBERTO JAIRO

JARAMILLO VALLEJO, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

9) DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional del artículo 16 y las palabras "y estudiantes de 18 años o más de edad" y "o estudios", contenidas en el numeral 2°. del artículo 6o. del Decreto 1160 de 1989.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de Agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO/MINISTERIO DE TRABAJO/ COMPETENCIA

En parte alguna del artículo 9°. de la Ley 39 de 1985 se confiere la facultad de convocar oficiosamente el Tribunal de arbitramento al Ministerio de Trabajo y esa atribución no puede emanar de decretos reglamentarios a través de los cuales no puede el Gobierno arrogarse facultades propias del legislador ordinario o extraordinario. DECRETA LA NULIDAD del inciso segundo del artículo primero del Decreto 0477 de febrero 11 de 1986 en la parte que dice: "Si tales trabajadores no hicieren uso de esa facultad el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá convocar el mencionado Tribunal, con el fin de dar solución definitiva al conflicto promovido por la presentación del pliego de peticiones, en armonía con el artículo 9°. y demás disposiciones concordantes del C.S.T

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992). Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Referencia: Expediente Nº. 1618 y 1979 DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor : *Pedro Charria Angulo y otro.*

Los Doctores PEDRO CHARRIA ANGULO y FRANCISCO CAMACHO AMAYA, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan la declaración de nulidad del inciso segundo

del artículo primero del Decreto 0477 de Febrero 11 de 1986 en la parte que dice:

"....y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio. Si tales trabajadores no hicieron uso de esa facultad, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá convocar el mencionado tribunal, con el fin de dar solución definitiva al conflicto promovido por la presentación del pliego de peticiones, en armonía con el artículo 9º y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo". (fl. 3. Expd. 1618).

Por su parte, JAIRO HIGUITA HIGUITA igualmente en ejercicio de la comentada acción pidió la nulidad parcial de la misma norma.

Estas acciones dieron lugar, en su orden, a los procesos radicados bajo los números 1618 y 1979, cuya acumulación se dispuso en providencia de Enero 25 de 1989 (fls. 56 y 57 expediente Nº 1618).

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

I. Los hechos y omisiones en que los accionantes PEDRO CHARRIA ANGULO y FRANCISCO CAMACHO AMAYA fundan sus pretensiones son los siguientes:

"1o.) Con fecha 11 de Febrero de 1986, el Sr. Presidente de la República, junto con el Sr. Ministro de Trabajo y Seguridad Social, expidieron el Decreto 477 de éste mismo año, con el propósito de reglamentar la Ley 39 de 1985;

2o.) Al expedir el mencionado Decreto, en la parte que es objeto de ésta demanda, el ejecutivo incurrió en violación de disposiciones de superior jerarquía, excediendo la potestad reglamentaria, por lo cual lo preceptuado en la norma que es objeto de acusación debe ser anulado por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". (fls. 3 y 4. Expediente 1618).

II. Los hechos que sirven de sustento a la demanda del doctor JAIRO HIGUITA HIGUITA se plantean así:

"1o. Con fecha 5 de Febrero de 1985, se expidió la Ley 39 del mismo año, publicada en el Diario Oficial Nº 36867, el día jueves 21 de Febrero de 1985.

2o. Dicha Ley, reformatoria de todo lo referente al proceso de la negociación colectiva entre empresas y sindicatos, dispuso en su Artículo 9º, la modificación total del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo.

3o. En ejercicio de la facultad reglamentaria del Artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República expidió el Decreto 477 del 11 de Febrero de 1986.

4o. El Artículo 1º del aludido Decreto reglamentario, determinó la forma de votación de una huelga o de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, dejando la primera decisión en cabeza del sindicato mayoritario, pero la segunda como facultad de las minorías, en manifiesta contravención de la norma que reglamenta y también del numeral dos (2) del Artículo 3º de la Ley 48 de 1968". (fl. 5 Expd. 1979).

III. Los doctores PEDRO CHARRIA ANGULO y FRANCISCO CAMACHO AMAYA señalan como infringidos con la disposición enjuiciada los artículos 120, ordinal 3, y 55 de la Constitución anterior; 9 del Código Sustantivo del Trabajo; 9 de la Ley 39 de 1985, que subrogó el artículo 444 del citado código, "subrogado a su vez por el artículo 31 del Decreto 2351 de 1965".

Por su parte, el doctor JAIRO HIGUITA HIGUITA invoca como violados los artículos 120, ordinal 3, y 55 de la Carta; numeral segundo del artículo 3º de la ley 48 de 1968 y numeral segundo del artículo 34 del Decreto 2351 de 1965.

El concepto de violación de las referidas normas aparece, respectivamente, a folios 4 a 8 del expediente Nº 1618 y 5A y 6 del expediente Nº 1979.

IV. En el primero de los procesos, luego de señalar los alcances de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, los accionantes confrontan la ley reglamentada, Ley 39 de 1985 en su artículo 9º, con la norma enjuiciada y destacan que en el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 "los presupuestos para optar por la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento obligatorio son los mismos", en tanto que "el decreto acusado les prohibe a los sindicatos minoritarios declarar la huelga, pero sí les permite pedir la convocatoria del Tribunal, siendo así que la norma legal no les permite ninguna de las dos posibilidades".

Y agregan los accionantes:

"Y resulta desde luego también ilegal la facultad que el inciso acusado le concede al Gobierno para convocar de oficio el Tribunal de

Arbitramento, porque en parte alguna del artículo 9º de la Ley 39 de 1985 se confiere tal facultad al Ministerio del Trabajo.

Es cierto que, en otros eventos, la ley ha consagrado la posibilidad de que el Tribunal de Arbitramento pueda ser convocado de oficio...En todos esos eventos, la facultad gubernamental emana de las leyes y los decretos leyes citados, pero nunca de decretos reglamentarios a través de los cuales no puede el Gobierno arrogarse facultades propias del Legislador ordinario o extraordinario." (fls. 4-8).

En el segundo proceso se alega que el artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 "reconocía el predominio y prevalencia de las mayorías para la solicitud de huelga o de arbitramento ," como se hace en el texto del artículo 9º de la Ley 39 de 1985, mientras que el decreto enjuiciado "desmembró la opción dejando la huelga como una decisión del sindicato mayoritario y el Tribunal de Arbitramento como simple ejercicio de las minorías , pero con el *carácter de obligatorio* para las mayorías". (fls. 5A-6).

V. En un caso anterior en que se demandó la nulidad del mismo inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario citado en cuanto a que, entre otros aspectos enjuiciados, los sindicatos minoritarios "no podrán declarar la huelga", dijo la Sala:

"La historia legislativa sobre la facultad de los trabajadores para declarar una huelga puede resumirse así:

La Ley 6a. de 1945, artículo 55, literal d) la otorgó a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, o del sindicato a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajadores.

Posteriormente el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que "la declaración de la huelga requiere que sea aprobada en votación secreta por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o establecimiento, o de la asamblea general del sindicato de base a que estén afiliados más de la mitad de aquellos trabajadores".

El artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 modificó el mencionado artículo 444, manteniendo el criterio de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o del sindicato o sindicatos mayoritarios pero son excluir a sindicatos diferentes a los de base.

Por su parte, el artículo 9 del la Ley 39 de 1985, dispuso:

"Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiere logrado acuerdo, se realizará una asamblea general de los *trabajadores directamente comprometidos en el conflicto* que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un tribunal de arbitramento": (se destaca).

Es fácil apreciar que la frase utilizada por ésta última norma "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" introdujo una modificación sustancial a la legislación anterior, ya que la facultad decisoria de la huelga que anteriormente correspondía a la "mayoría de los trabajadores" de la empresa, bien porque fuera votada por la mayoría absoluta de los trabajadores no organizados o porque fuera decidida por el sindicato que agrupara a la mayoría de los trabajadores, pasó a ser de los "trabajadores directamente comprometidos en el conflicto" sin importar si éstos conforman o no la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Ya en sentencia anterior, esta Sala precisó que los directamente comprometidos en el conflicto son sólo los que lo promovieron, pues si bien la totalidad de los trabajadores de la empresa pueden considerarse interesados, no son todos ellos los directamente involucrados.

En ese entonces la Sala expresó:

"La anterior transcripción muestra identidad de previsiones, en el sentido de que en el trámite de la negociación colectiva de trabajo, una vez terminada la etapa de mediación o de intervención obligatoria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, son los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto quienes deben optar por la huelga o por la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. La expresión "directamente comprometidos en el conflicto" se refiere a quienes lo hubieren promovido, bien sea los sindicalizados o los no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión; pero no son todos los directamente comprometidos". (Sentencia de Abril 3 de 1991. C.P. Dra. CLARA FORERO DE CASTRO. Sección Segunda .Expd. Nº 3681 . Flio 4).

Significa lo anterior que si antes de la Ley 39 de 1985 la declaratoria de huelga correspondía a las mayorías y no era posible que un sindicato minoritario pudiera decretarla, bajo la vigencia de esta ley, en un retroceso legislativo inexplicable, se rompió con el principio de las mayorías y se hizo posible que grupos minoritarios pudieran hacerlo, por lo menos en algunos casos.

De acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965 que no fue derogado por la ley 39, en casos de pluralismo sindical, la representación de los trabajadores para todos los efectos de la contratación colectiva (y la huelga hace parte del proceso de contratación colectiva) corresponde al sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa y si ninguno de ellos aglutina la mayoría, la representación corresponde conjuntamente a todos ellos. O sea que cuando existe en la empresa un sindicato mayoritario de cualquier clase o si la suma de los afiliados a

los sindicatos minoritarios hacen la mayoría, la declaración de huelga sigue siendo privilegio de las mayorías; pero si no existe en la empresa sindicato mayoritario o si aún reunidos los minoritarios no agrupan la mayoría de los trabajadores, no puede hablarse de sindicato representativo y entonces los sindicatos existentes, aun siendo minoritarios, tienen la prerrogativa de declarar la huelga, porque al tenor de los artículos 374-2 del Código Sustantivo del Trabajo y 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965 pueden ser los promotores del conflicto.

Tiene razón, por tanto, el accionante al afirmar que la Ley 39 de 1985 cambió el criterio de "sindicato representativo" por el de "mayorías" pero dentro del grupo en conflicto, es decir, por el de decisión mayoritaria referida sólo a los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto.

Significa lo anterior que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 477 de 1986 al reglamentar la ley, prescribiendo: "En el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores de las empresas o establecimientos respectivos, *no podrán declarar la huelga*". (se destaca), adoptó el criterio de "mayorías" de la legislación anterior, y quebrantó directamente el inciso 1° del artículo 9° de la referida ley. Por ello habrá de accederse a declarar la nulidad impetrada en la demanda.

Cabe anotar que posteriormente la Ley 50 de 1990, modificó el régimen de la Ley 39 de 1985 y volvió al de la legislación anterior, otorgando nuevamente la prerrogativa de decidir entre huelga y arbitramento a la "mayoría absoluta" de los trabajadores de la empresa, bien se trate de trabajadores sindicalizados o no. (art. 61)". (Expd. N° 3682, fls. 6-11. Actor: Armando Nova García. Consejero Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS).

Según este criterio, que la Sala reitera en esta oportunidad, anulada la frase "no podrán declarar la huelga", queda sin piso la argumentación de la censura de que atrás se hizo mención. Así pues, si grupos minoritarios, según la sentencia, pueden, en determinadas circunstancias, decretar la huelga, *esos mismos grupos* obviamente tienen facultad para "solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento obligatorio".

En cuanto a la acusación contenida en el primer proceso contra la atribución que en el Decreto acusado se confiere al Ministerio del Trabajo para convocar oficiosamente el Tribunal de Arbitramento "si tales trabajadores no hicieren uso de esta facultad", los accionantes tienen razón al afirmar que "en parte alguna del artículo 9° de la Ley 39 de 1985 se confiere tal facultad al Ministerio del Trabajo" y que esa atribución no puede emanar de decretos

reglamentarios" a través de los cuales no puede el Gobierno arrogarse facultades propias del Legislador ordinario o extraordinario." (fls. 7-9). Ciertamente, tal es el caso.

En un proceso anterior en que se acusaban los actos por los cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social había convocado oficiosamente un Tribunal de Arbitramento, esta misma Sala expresó su criterio de que tal facultad sólo puede ejercerse con la anuencia de los trabajadores.

Dijo entonces la Sala:

> "Surge evidente entonces que, si por virtud de la Ley 48, el Ministerio puede en cualquier tiempo ordenar el arbitramento obligatorio, quedó sustituida la facultad que le otorgaba el decreto 939 para hacerlo sólo después de pasados 40 días de huelga (incluido el término que se concedía a los trabajadores para pedirlo). Y si para convocarlo la nueva ley le impuso *la anuencia de los trabajadores*, quedó derogada la facultad de hacerlo en forma oficiosa." (Sentencia de agosto 28 de 1991. Expd. N° 1608. Actor: Fundiciones Técnicas S.A. Consejero Ponente: Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS).

En tal virtud, habrá de accederse a la solicitud contenida en el proceso N° 1618 en este aspecto y negarse las restantes pretensiones.

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

FALLA:

1.- Declárase la nulidad del inciso segundo del artículo primero del Decreto 0477 de Febrero once (11) de mil novecientos ochenta y seis (1986) en su parte final del siguiente tenor:

> "Si tales trabajadores no hicieren uso de esa facultad, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá convocar el mencionado Tribunal, con el fin de dar solución definitiva al conflicto promovido por la presentación del pliego de peticiones, en armonía con el artículo 9° y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo".

2.- Niéganse las demás pretensiones formuladas en los procesos acumulados 1618 y 1979.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala el día 2 de septiembre de 1992.-

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Luis Arturo Lizcano Blanco, Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Por sentencia de Septiembre 9 de 1992, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, dentro del proceso No. 3682, Actor: ARMANDO NOVOA GARCIA, DECRETO LA NULIDAD del inciso 2°. del artículo 1°. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986 expedido por el Gobierno Nacional en cuanto dispuso que en el caso que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto no alcanzaren a reunir la mayoría de los trabajadores de las respectivas empresas o establecimientos, no podrán declarar la huelga, y la nulidad del inciso 3°. del artículo 1°. del Decreto 477 de Febrero de 1986 en la parte que dice: "dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación". Por sentencia de 28 de Agosto de 1991, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con Ponencia de la Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, dentro del proceso No. 1608, Actor: Fundiciones Técnicas S.A., DECRETO LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 03458 de Noviembre 2 de 1984 y 00038 de Enero 16 de 1985 expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la tesis en dicha sentencia fue la siguiente: Es claro que si la facultad autónoma que tenía el Ministerio de Trabajo para poner fin a la huelga ordenando de oficio la constitución de tribunales de arbitramento, según lo disponía el artículo 2°. del Decreto 939 de 1966, fue derogado por la Ley 48 de 1968, el Ministerio de Trabajo en el caso *sub-lite* no esta facultado para convocar de oficio el Tribunal como lo hizo mediante los actos enjuiciados.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

A

ABELARDO CARDONA SEPULVEDA 1423
ADRIANO MUÑOZ BARRERA 313
ALBERTO HOYOS CASTAÑO 712
ALBERTO HOYOS TOBON 1159
ALBERTO MONTOYA MONTOYA 573
ALEJANDRO VENEGAS FRANCO 257
ALFONSO MUVDI ABUFHELE 555
ALFREDO DAZA SUAREZ 1353
ALVARO BONELL 241
ALVARO MURILLO GELVEZ 328, 1360
ANGEL ENRIQUE TORRENEGRA 601
ANTONIO AUGUSTO CONTI PARRA 991
ANTONIO DE JESUS FRANCO RAMIREZ 1013
ANTONIO EVERTH COPETE MORENO 341
ANTONIO, JUAN BAUTISTA Y
JESUS ARISTIZABAL FERNANDEZ 627
APOLONIA ROSALIA BENAVIDES DE MELO 1071
AQUILES TORRES BRETON 902
ARMANDO NOVOA GARCIA 1196, 1324
ARNULFO SANCHEZ Y OTRO 1082
ASOCIACION COLOMBIANA DE HOSPITALES 281
ASOCIACION COLOMBIANA DE AUXILIARES DE VUELO 489
ASOCIACION DE MARINOS PROFESIONALES S.A.-ASOMAR 1381
AUTOBOY S.A. 1363

B

BANCO CAFETERO	18
BERNARDO CARVAJAL FLOREZ	1346
BLANCA CECILIA VEGA DE TORRES	1419

C

CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL	1413
CARACOL S.A.	918
CARLOS ALVAREZ PEREIRA	1006
CARLOS ARTURO BARRIOS ZAMBRANO	969
CARLOS ESPINOSA FACCIO LINCE- Presindente del H. Senado de la República	33
CARLOS JULIO MANZANO O.	205
CARLOS MANUEL ANGARITA	451
CARLOS RODOLFO ORTEGA MONTERO	274
CESAR AUGUSTO OTALVARO	392
CESAR VALENCIA PARRA	700
COFA S.A.	868
COLOMBIAN SEWING MACHINE COMPANY S.A.	1236
COMPAÑIA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.	72
CORPORACION EDUCATIVA CENTRO DE DESARROLLO	895
CRISTOBAL MENESES GONZALEZ	1114

D

DANIEL DE JESUS MOLINA	1241
DANIEL ENRIQUE MUÑOZ VALLEJO	909
DIDIMO VARGAS TABARES	1219
DIEGO FERNANDO SUAREZ LEON	1229

E

EDGAR ROJAS MORENO	657
EGAR SANTACRUZ BOLAÑOS	1050
EDGARDO A. INSIGNARES CARROL	1320
EDILBERTO RAFAEL SANTOS MORENO	1427
EDUARDO CASTILLO PICO	940
EDUARDO MELENDEZ RAMIREZ	1041
ELBA AGUEDITA JUNCA DE AGUILAR	1338
ELI ROZO MORALES	1101

ELISEO GORDILLO TORRES 588
ELVIRA ACOSTA DE BARRERA Y OTROS 1284
EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA-COLPUERTOS 1133
ERNESTO PAEZ PAEZ 1164
EXPRESO DE LA SABANA LTDA. Y OTRAS 615

F

FABIO ERNESTO CRUZ RUIZ 804
FAUNIER GOMEZ ESTRADA Y
JUAN FERNANDO GONZALEZ GIRALDO 467
FELIPE LUNA SALAS 560
FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ 798
FERNANDO LOZANO ANGEL 665
FRANCISCO CAMACHO AMAYA Y OTRO 1455
FRANCISCO JAVIER LLANO RODRIGUEZ 422
FRANCISCO SERRANO MORALES 1186

G

GABRIEL OSCAR ADARVE MORENO Y OTROS 1204
GABRIEL RODRIGUEZ HERNANDEZ 1257
GERARDO VARGAS RINCON 269
GERMAN ALONSO GALLO GRAU 1447
GERMAN CAVELIER GAVIRIA 445, 852
GERMAN GONZALEZ REGALADO 513, 689
GERMAN QUINTERO ANDRADE 403
GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA 822
GUSTAVO ADOLFO CABALLERO MONTEJO 546

H

HECTOR JULIO MORALES MORALES 1143
HECTOR YESID TRIANA TRIANA 947
HERNY RUIZ TOSE 508
HERNAN ANTONIO BARRERO BRAVO 747
HERNAN DARIO VERGARA MESA Y OTROS 872
HERNANDO GOMEZ RIVAS 1169
HUMBERTO TORO VALENCIA 1388

I

INDUSTRIAS VOLMO S.A.	848
ISIDORO AREVALO BUITRAGO	608

J

JACK GHITIS ALFANDARY	183, 517
JACOBO ANTONIO RIVERA DELGADO	1076
JAFIZZA IVONNE NAMEN AMADOR	317
JAIME ALFONSO RAMIREZ USTARIZ	1046
JAIME CERON CORAL	929
JAIME CHAVES ECHEVERRI	379
JAIME RAMIREZ ROMERO	565
JAIME VALENZUELA COBO	480
JAIRO JIMENEZ ARISTIZABAL Y OTRO	725
JESUS ARISTIZABAL Y OTROS	627
JESUS HOMERO DUARTE ARIAS	1064
JESUS MARIA MANRIQUE GRAJALES	965
JESUS VALLEJO MEJIA	237, 672
JORGE CAVIEDES TORRES Y OTROS	9
JORGE ELIECER MANRIQUE JIMENEZ	779
JORGE ELIUD VILLA TABORDA	914, 1137
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY	533, 785
JOSE ENRIQUE BOTERO MUÑOZ	951
JOSE GONZALO CUERVO JOYA	1279
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA	436
JOSE JOAQUIN RINCON CHAVES	500
JOSE MARIA ORREGO PERALTA	1119
JOSE NATALIO BARRETO CASTRO	1210
JOSE OCTAVIO RAMIREZ GONZALEZ	1128
JOSE VICENTE YUNDA RAMOS	1301
JUAN DE JESUS GIRALDO RAMIREZ Y OTROS	78
JUAN GUILLERMO TOVAR ANGULO	1396
JUAN PABLO CADENA SARMIENTO	484
JUAN SALVADOR ZULETA Y OTROS	213
JULIAN GARCES HOLGUIN	1017
JULIO CESAR MONTENEGRO	1190
JULIO LUIS JACOME ROCA	1054

K

KUMIAI CHEMICAL INDUSTRY CO. LTD. 263

L

LABORATORIOS HIGEA DE COLOMBIA LTDA 521
LAURA MELBA GUZMAN O. 732
LEONCIO RODRIGUEZ GARCIA 1368
LEOPOLDO JAVIER BURBANO ESPINOZA 1436
LOGIA RENOVACION No. 12 223
LUIS ALBERTO GIRALDO HERRERA 1033
LUIS ARTURO BOHORQUEZ GONZALEZ 1150
LUIS CARLOS OSPINA BELTRAN 1407
LUIS CARLOS SACHICA APONTE 351
LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE 621
LUSI ENRIQUE CUBILLOS BERNAL 984
LUIS GUILLERMO OCAMPO SALDARRIAGA 1181
LUIS GUSTAVO CORZO CASTRO 1274
LUIS HERNANDO CARDENAS MARTINEZ 1024
LUIS LIZARRALDE CALA 338
LUIS OCTAVIO GALLO ZULUAGA 187
LUIS ORTIZ NIETO 836
LUZ MARINA RUEDA DE MURILLO 1266
LUZ STELLA NIETO HERNANDEZ 1294

M

MANUEL GILBERTO SALAS SANTACRUZ 229
MARCELINO BELLO PACHON 1098
MARCO MARIN VELEZ 1223
MARCO ROBERTO BARRERA SANTOS 1245
MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ 542
MARIA LEON DE GARCIA 1199
MARIA DEL CARMEN ALARCON VDA. DE FARFAN 89
MARIA TERESA GARCES 862
MARIO LOPEZ VALENCIA Y OTRO 399
MARISOL GARCIA MARTINEZ 1176
MAURICIO SARRIA BARRAGAN 757
MILCIADES APONTE HERRERA Y OTRO 1082
MILTON LIBARDO VILLAREAL PAREDES 1375
MUNICIPIO DE MANZANARES -Caldas- 309

MUNICIPIO DE MONTERIA 682
MUNICIPIO DE SAN MARTIN -Meta- 677
MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Y OTRO 645

N

NELLY ARBELAEZ CARDONA 594
NIKE INTERNATIONAL LTD. 100

O

ORLANDO PINTO ROJAS 1441
OSCAR CONDE ORTIZ 287
OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ 344, 768

P

PABLO J. CACERES CORRALES 737
PEDRO CHARRIA ANGULO Y OTRO 1455
PEDRO NEL ESCORCIA CASTILLO 111
PEDRO PABLO CAMARGO R. 362

R

RAFAEL ANGEL JULIAO FERNANDEZ 473
RAFAEL EMILIO RICARDO ALARCON 650
RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA 363
RAIMUNDO EMILIANI ROMAN 333
RAMIRO ABELLA SOTO 877
RENE ANTONIO MARTINEZ JAIME 1105
REYNALDO MUNERA GONZALEZ 1310
ROBERTO LUIS ACEVEDO GUARIN 639
ROBERTO PAZ SALAS 1332
RODRIGO BULA HOYOS Y OTROS 1307
RODRIGO HERNAN GALARZA NARANJO 415
ROSALBA INES JARAMILLO MURILLO 1059
RUBEN DARIO HERNANDEZ ABELLA 1316

S

SEGUNDO EDUARDO LOZANO CILIMA 1251
SINDICATO DE EMPLEADOS Y TRABAJADORES DE LA UNIVERSIDAD DE PEREIRA 993

SINDICATO DE TRABAJADORES
MUNICIPALES DEL CAQUETA-SINTRAMUNICIPALES 987
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES
DEL BANCO DE BOGOTA - SINTRABANCOL 1255
SINDICATO TRABAJADORES OFICIALES
DE CARBONES DE COLOMBIA S.A. - SINTRABOCOL 1289
SOCIEDAD COLOMBIANA DE FUMIGACION AEREA S.A. 868
SOCIEDAD NACIONAL DE CIGARRILLOS S.A. 302
SOCIEDAD CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A. Y OTRA 814
SOCIETE D'ETUDES SCIENTÍFIQUES ET
INDUSTRIELLES DE L'ILE - DE FRANCE 887
SOCIEDAD LINEAS AEREAS PETROLERAS LAP S.A 200, 253
SOCIEDAD AUROS-COPIMAC LTDA.
Y JAIME RAMIREZ ROMERO 565

T

TULIO MENDEZ ESPINOZA 707

U

UNALDO MONTOYA RESTREPO 960
UNIVERSAL DE LUZ - En liquidación- Y OTRA 814

V

VICENTE MIRANDA MELO 458
VICTOR OBDULIO BENAVIDES LADINO 375
VIRGINIA LENTINO DE ACUÑA 1093

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

SALA PLENA

A

ASIGNACION DE RETIRO 89
AUTONOMIA JUDICIAL 100

C

COADYUVANTE 111
COLPUERTOS 71
COMPETENCIA 34
COMPETENCIA-Salvamento de Voto 50, 54
COMPETENCIA-Aclaración de Voto 58
COMPETENCIA FUNCIONAL-Salvamento de Voto 69
CONGRESISTA-Inhabilidades 35
CONSEJO DE ESTADO 34

E

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Régimen Aplicable 71
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 18

F

FUENTES FORMALES DEL DERECHO-Salvamento de Voto 27

I

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES 111

J

JUICIO ELECTORAL-Diferencias 33
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 71
JURISPRUDENCIA-Salvamento de Voto 105, 108
JURISPRUDENCIA-Naturaleza 18,100
JURISPRUDENCIA-Naturaleza - Salvamento de Voto 22, 27, 30

L

LEY-Salvamento de Voto 27

N

NORMA-Salvamento de Voto 50
NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo legal 34
NULIDAD EN LA SENTENCIA 78

P

PERDIDA DE LA INVESTIDURA 33, 34
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Salvamento de Voto 69
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Efecto-Aclaración de Voto 58
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Causales 35
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Requisitos 33
PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite 34
PERSONAL MILITAR-Asignación de Retiro
Salvamento de Voto 50, 54, 66, 98
PERSONAL MILITAR-Asignación de Retiro
Aclaración de Voto 52;58,62
PLEITO PENDIENTE-Inexistencia 33
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL 111
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD 89
PROCEDIMIENTO ORDINARIO 34

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales 78
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA
Salvamento de Voto 105, 108,
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA
Improcedencia 9, 18, 71, 100, 111
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA
Naturaleza-Salvamento de Voto 22, 25, 27, 30
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Vigencia 22
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Vigencia
Salvamento de Voto 25, 27, 30
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Procedencia 89
RENUNCIA 34
RETROACTIVIDAD DE LA LEY-Improcedencia-Salvamento de Voto 98
RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY 89

S

SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO-Salvamento de Voto 50, 54, 69
SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO-Aclaración de Voto 58
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos 9
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos 9
SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia 111
SENTENCIA PENAL 35
SENTENCIA-Motivación 78
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL 34

T

TERCEROS 111
TIEMPO DE SERVICIO-Acumulación 89

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ACTO COMPLEJO 171
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL 141, 170

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades 141
AUXILIOS-Inexistencia 147

B

BECAS 147
BENEFICIOS EDUCATIVOS 147

C

COMISION NACIONAL DE ENERGIA 127
COMPETENCIA 141, 166, 170
CONCEJO MUNICIPAL 166
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección 141
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Facultad Disciplinaria 135
CONTRATO DE FIDUCIA 127
CONTROL FISCAL 135

E

EMPLEADO OFICIAL-Régimen Prestacional 176

F

FONDO ESPECIAL DE BECAS 147

G

GOBERNADOR 141, 170
GOBERNADOR-Facultades 171

M

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA 147
MUNICIPIO-Creación 170

O

OBJECIONES-Trámite 171
ORDENANZA-Naturaleza 171
ORDENANZA-Sanción 170

P

PATRIMONIO AUTONOMO 127
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades 135
PRINCIPIO "VERDAD SABIDA Y BUENA FE GUARDADA" 135
PROYECTO DE ORDENANZA 171
PUERTOS DE COLOMBIA-Liquidación 176

R

REGISTRO DE PROPONENTES-Cancelación 160
REGISTRO DE PROPONENTES-Inscripción 160

S

SESIONES-Convocatoria 141

U

USO DEL SUELO-Reglamentación 166

SECCION PRIMERA

A

ACCION CONTRAVENCIONAL ESPECIAL 392
ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 513, 615
ACCION DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Salvamento de Voto 619
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 555
ACTO ADMINISTRATIVO 489, 732
ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia 287
ACTO ADMINISTRATIVO-Eficacia-Salvamento de Voto 297
ACTO ADMINISTRATIVO-Obligatoriedad 399
ACTO COMPLEJO 309
ACTO DE TRAMITE-Inexistencia 375
ACTO DEFINITIVO 375

ACTUACION ADMINISTRATIVA 375
ACUERDO BOLIVARIANO-Vigencia 241
ACUERDO DE CARTAGENA 241, 351, 484
ADJUDICACION DEL CONTRATO-Criterios 757
AJUSTE POR INFLACION 608
ALCALDE MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTA-Facultades 747
ANALOGIA 533
ARANCEL DE ADUANAS 363
ASAMBLEA DE ACCIONISTAS-Facultades 814
ASAMBLEA DE ACCIONISTAS-Reuniones 785
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL 798
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades 436, 546
AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA-Trámite 445
AUTONOMIA UNIVERSITARIA 732
AUXILIOS-Improcedencia 798, 872

C

CADUCIDAD 555, 565, 779, 868
CAFE MOLIDO-Comercialización 403
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR 333, 451
CAMARA DE REPRESENTANTES 877
CAMPAÑA ELECTORAL-Financiación 700
CAPTURA-Requisitos 313
CELEBRACION DE CONTRATOS 872
CERTIFICADO JUDICIAL 328
CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL 436
COMISION DE LA MESA 877
COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA-Facultades 351, 484
COMPETENCIA 213, 338, 379, 403, 848
COMPETENCIA FUNCIONAL 223, 513, 615, 822
COMPETENCIA FUNCIONAL-Salvamento de Voto 619
COMPETENCIA POR CUANTIA 223, 513, 615
COMPETENCIA POR CUANTIA-Salvamento de Voto 619
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades 682, 725
CONGRESO-Funciones 351, 484
CONGRESO DE LA REPUBLICA 877
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Facultades 363, 639
CONPES-Facultades 707
CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION-Facultades 757
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Facultades 700
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO 472

CONTRALOR AUXILIAR-Creación 639
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Atribuciones 500
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección 822
CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección-Salvamento de Voto 826
CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación 269, 560
CONTRALORIA MUNICIPAL-Supresión 725
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento 500
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO 533, 542
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AERONAUTICO 200
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE 200
CONTRATO DE CONCESION DE APUESTAS PERMANENTES 573
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION 757
CONTRAVENCION CAMBIARIA 187, 257
CONTRAVENCION CAMBIARIA-Procedimiento 187
CONTRAVENCION ESPECIAL 392
CONTROL INTERNO 682
CONTROL JURISDICCIONAL 732
COPIA DEL ACTO 712
COSTO 601
CREDITO ADICIONAL 902
CUANTIA-Determinación 513
CULPA PERSONAL 257

D

DAS-Funciones 328
DEBIDO PROCESO 187, 253, 257
DECRETO LEGISLATIVO 362
DEDUCCION 601
DELEGACION DE FUNCIONES 237, 672
DELEGACION DE FUNCIONES-Improcedencia 877
DEMANDA-Admisión 779
DEMANDA-Corrección 445, 482
DEMANDA-Corrección-Salvamento de Voto 858
DEMANDA-Inadmisión 868
DEMANDA-Interpretación 458, 472
DEMANDA-Requisitos 223, 458, 513, 712
DEMOLICION-Improcedencia 627
DERECHO COMUNITARIO 183
DERECHO DE DEFENSA 187
DERECHO NUEVO 565
DERECHOS DE AUTOR 747

DESCONCENTRACION DE FUNCIONES 895
DESISTIMIENTO 392
DICTAMEN PERICIAL 263, 887
DIRECCION SECCIONAL DE INSCRIMINAL-Facultades 229
DIRECTOR GENERAL DE ADUANAS-Facultades 804
DISTRIBUCION DE NEGOCIOS 689, 836
ADMINISTRATIVO 338
DOBLE TRIBUTACION-Improcedencia 657
DOCUMENTO FALSO 594

E

EDUCACION SUPERIOR 508
EJECUCION 555
EMAR 379
EMPRESA 768
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO-Utilidades 707
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS
DEPARTAMENTALES-Directivos 712
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES 650
ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL 650
ESTATUTO ORGANICO 650
EXAMENES PREPARATORIOS 508
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 700
EXPORTACION 665
EXTRADICION-Procedimiento 472

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 657
FALSA MOTIVACION 489, 627
FALTA DE NOTIFICACION 588

G

GARANTIAS DEL CONTRATO 500
GOBERNADOR-Facultades 436, 546, 712, 902

I

IMPORTACION DE VEHICULOS 804
IMPUESTO AD VALOREM 804
IMPUESTO DE CIRCULACION Y TRANSITO 657

INTERPRETACION PREJUDICIAL-Improcedencia 183
INTERVENCION ADMINISTRATIVA 375
INTERVENCION DEL ESTADO 689
INTRA DEPARTAMENTAL 712
INTRA-Facultades 415
INVERSION EXTRANJERA 768

J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES 573
JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES-Formularios 467
JUNTA DE SOCIOS 785
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 848
JURISDICCION ORDINARIA 213
JURISDICCION ROGADA-Salvamento de Voto 619
JUZGADO DE INSCRIMINAL 229

L

LEGITIMACION POR PASIVA 895
LEY ESPECIAL 768
LEY ESTATUTARIA-Inexistencia 322
LEY-Interpretación 253, 458
LIBERTAD INDIVIDUAL 313
LICENCIA DE IMPORTACION-Procedimiento 363
LUCRO CESANTE-Determinación 627

M

MARCA NOMINATIVA 521
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 895
MINISTRO DE SALUD 379
MONOPOLIO DE LICORES 737
MONOPOLIO DEL TABACO-Improcedencia 422
MONOPOLIO-Improcedencia 665
MULTA-Improcedencia 363
MUNICIPIO-Límites 274

N

NOTIFICACION 555
NOTIFICACION PERSONAL 779

NOTIFICACION POR EDICTO 779
NOTIFICACION-Irregularidad 588
NULIDAD EN LA SENTENCIA 594
NULIDAD PROCESAL 213, 588
NULIDAD PROCESAL-Improcedencia 187, 517
NULIDAD PROCESAL-Oportunidad 517

O

ORDENADOR DEL GASTO 877
ORDENANZA DE FACULTADES 737
ORGANIZACION RECAUDADORA SAYCO-ACINPRO 747

P

PARQUE AUTOMOTOR 672
PARTES-Designación 458
PARTIDA PRESUPUESTAL-Suspensión 458
PATENTE DE INVENCION 241, 263, 621, 887
PERMISO DE VERTIMIENTO 379
PERSONAS DE DERECHO PRIVADO-Representación 650
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO 650
PERSONERIA JURIDICA 747
PLAN DE INVERSIONES 707
PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 872
PODER ESPECIAL 785
POTESTAD REGLAMENTARIA 322, 392, 451, 480, 573, 608, 862
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites 333
PREAVISO 533
PRECIO 542
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades 836
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Funciones 895
PRESUPUESTO DE RENTAS 546
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL 205, 546, 501, 902
PRESUPUESTO MUNICIPAL 269, 560
PRESUPUESTO NACIONAL 707
PRETENSIONES 513
PRETENSIONES-Salvamento de Voto 615
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL 253, 458, 712
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL-Salvamento de Voto 297
PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL 241
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 375

PROYECTO DE ORDENANZA 594
PROYECTO URBANISTICO-Trámite 480
PRUEBAS-Conducencia 187
PRUEBAS-Pertinencia 187
PUBLICACION 287, 399, 489, 555
PUBLICACION-Salvamento de Voto 297

R

RECURSO DE APELACION-Requisitos 677
RECURSO DE APELACION-Sustentación 287
RECURSO DE APELACION-Sustentación-Salvamento de Voto 297
RECURSO DE QUEJA-Sustentación 341
RECURSO DE QUEJA-Trámite 341
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales 594
RECURSOS DE CAPITAL 707
RECUSACION-Improcedencia 645
REGALIAS 573
REGISTRO DE EXPORTACION 665
REGISTRO DE MARCA 521
REGISTRO DE MARCAS 848
REGISTRO SANITARIO 521
REGISTRO TERRESTRE AUTOMOTOR 415
REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO 338
RENTA BRUTA 601
RENTAS DEPARTAMENTALES 546
RESPONSABILIDAD PERSONAL 257
RESPONSABILIDAD PRESUNTA-Inexistencia 257
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO 565

S

SECCION CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO 338
SECRETARIO DE EDUCACION DEPARTAMENTAL-Facultades 895
SENADO 877
SENTENCIA DE CONDENA-Ejecución 213
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos 317
SERVICIO PUBLICO DE SALUD 281
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES 344, 768, 862
SERVICIO PUBLICO DE TRANSITO 657
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 672
SISTEMA DE AJUSTE INTEGRAL POR INFLACION 608

SOCIEDAD COLOMBIANA 768
SOCIEDAD COMERCIAL 785
SOCIEDAD COMERCIAL-Disolución 814
SOCIEDAD COMERCIAL-Fusión 814
SOCIEDAD COMERCIAL-Liquidación 814
SOCIEDAD COMERCIAL-Vigilancia 302
SOCIEDAD EXTRANJERA 768
SUBSIDIO DE VIVIENDA 333
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO 403
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Facultades 302, 689, 836
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR-Facultades 375
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL 351
SUSPENSION PROVISIONAL 344, 467, 500, 852
SUSPENSION PROVISIONAL-Salvamento de Voto 858
SUSPENSION PROVISIONAL-Corrección 445
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia 253, 682
SUSPENSION PROVISIONAL-Trámite 445
SUSTRACCION DE MATERIA-Improcedencia 205, 313, 317

T

TARIFA 281
TASA-Fijación 351, 484
TEORIA DUALISTA DE LA CONSTITUCION 351, 484
TERCEROS 565
TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO 533
TERMINO LEGAL-Preclusión 341
TOMA DE POSESION DE BIENES 689, 836
TRANSITO DE LEGISLACION 480
TRANSPARENCIA 205
TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL 672
TRATADO DE EXTRADICION-Inaplicabilidad 472
TRATADO INTERNACIONAL-Vigencia 472
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 615, 822
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO 183
TURNO DE DISPONIBILIDAD 229

U

UNIVERSIDAD DEL TOLIMA-Naturaleza Jurídica 732
URBANISMO 480
USO DE MARCA 848

V

VEEDURIA DEL TESORO PUBLICO 309, 458
VERTIMIENTO DE RESIDUOS LIQUIDOS 379
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento 868
VIGILANCIA EDUCATIVA 895
VIVIENDA DE INTERES SOCIAL 451

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO-Improcedencia 1388
ACCION 987
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO 1101
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 1219, 1396
ACTO ADMINISTRATIVO 1054
ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia 1169, 1196
ACTO COMPLEJO 1059, 1266
ACTO COMPLEJO-Inexistencia 1046, 1093, 1251, 1396
ACTO DE NOMBRAMIENTO 1050
ACTO GENERAL 1181, 1310
ACTO JURIDICO-Inexistencia 1050
ACTO PARTICULAR 1181, 1310
ACTO PRESUNTO 960, 1013, 1071
ACTO PRESUNTO NEGATIVO 1419
ACTO PRINCIPAL 1059
AMPARO DE POBREZA 1098
ANULACION 1041
APORTES PARAFISCALES 1133
ASAMBLEA GENERAL DE TRABAJADORES 1006
ASIGNACION DE RETIRO 1024
AUTONOMIA JUDICIAL 1363

C

CADUCIDAD 1054
CADUCIDAD DEL DERECHO 1396
CADUCIDAD-Término 1219, 1396

CALIFICACION DE SERVICIOS 1105
CARRERA ADMINISTRATIVA 1407
CARRERA JUDICIAL 1064, 1076, 1105
CARRERA JUDICIAL-Ingreso 1245
CAUCION 1098
CLUB MILITAR 947, 1279, 1368
COLPUERTOS 1133
COMISION DE PERSONAL 1289
COMISION DE SERVICIOS 1320
COMPETENCIA 909, 965, 991, 1114, 1215, 1223, 1236, 1241, 1289, 1346, 1363, 1455
COMPETENCIA POR CUANTIA 1199, 1229
COMPETENCIA POR CUANTIA-Salvamento de Voto 1202
COMUNICACION 1169
CONCEPTO 1196
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO 1006
CONGRESO 909
CONSEJO DE ESTADO 1199, 1229
CONCEJO MUNICIPAL-Reglamento 1274
CONSEJO SUPERIOR-Facultades 1266
CONSERVATORIO 1210
CONTRATO DE TRABAJO 1114
CONTROL JURISDICCIONAL-Improcedencia 1363
CONVENIO INTERNACIONAL 929
CORELCA 1353
CORTE CONSTITUCIONAL 991, 1363
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL 1363

D

DECAIMIENTO DEL ACTO 1204, 1301
DELEGACION DE FUNCIONES 914
DEMANDA 965, 1241, 1307
DEMANDA-Ineptitud 1046, 1093, 1181, 1310
DEMANDA-Requisitos 951, 987, 1046, 1059, 1093, 1119, 1196, 1251
DENEGACION DE JUSTICIA-Improcedencia 1284
DERECHO DE SINDICALIZACION 929
DERECHOS ADQUIRIDOS 1082
DESARROLLO LEGAL 1436
DESTITUCION 1119, 1396
DESTITUCION-Causales 1396
DESVIACION DE PODER-Improcedencia 914, 1441
DETERMINACION DEL ACTO 1046

DIRECTIVA PRESIDENCIAL-Requisitos 1301
DIRECTIVA PRESIDENCIAL-Validez 1305
DOCENTE DE CATEDRA 1346
DOCENTE DE MUSICA 1210

E

EDUCACION PRIMARIA 1210
EMPLEADO OFICIAL 1346
EMPLEADO OFICIAL-Clasificación 1017
EMPLEADO PUBLICO 1017, 1223, 1289
EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL-Régimen Prestacional 909
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO 1289
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES 1017
ENCARGO 1320
ESCALAFON CARRERA ADMINISTRATIVA-Inscripción 1041
ESCALAFON DOCENTE 951, 1427
ESCALAFON DOCENTE-Ascenso 1338
ESCALAFON DOCENTE-Requisitos No Utilizados 1338
ESCALAFON JUDICIAL 1064, 1105
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL 1071
ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL-Régimen de Personal 1017
ESTATUTOS 1289
ESTATUTOS-Aprobación 1266
ESTATUTOS-Reforma 929
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1363
EXONERACION-Improcedencia 1133
EXPERIENCIA DOCENTE-Utilización 951

F

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO 1257
FUNCIONARIO DE CARRERA 1164
FUNCIONARIO JUDICIAL-Estabilidad 1064, 1076, 1105, 1190

G

GOBIERNO 1223
GOBIERNO NACIONAL 1266

H

HOSPITAL-Administración 1143
HUELGA 1006
HUELGA-Declaratoria 1324

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES 965, 1241, 1307
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO 1093
INGRESO AUTOMATICO-Improcedencia 1427
INSCRIPCION 1245
INSCRIPCION EN CARRERA-Desestimiento 1407
INSCRIPCION EN CARRERA-Improcedencia 1064, 1105
INSTITUTO DE EDUCACION SUPERIOR 1266
INSUBSISTENCIA 909, 1176, 1353, 1407, 1441
ISS 1164

J

JUNTA ADMINISTRADORA-Facultades 1257
JURISDICCION 1114
JURISDICCION ORDINARIA 965, 1114, 1215, 1236, 1241
JURISDICCION ROGADA 951
JURISPRUDENCIA 1363

L

LEGITIMACION POR ACTIVA 987
LIBERTAD SINDICAL 929

M

MATRIMONIO 1447
MEDIOS ILEGALES-Inexistencia 1381
MINISTERIO DE TRABAJO 1455
MULTA 1098

N

NACION 1119
NECESIDADES DEL SERVICIO 940

NORMAS VIOLADAS 951
NULIDAD PROCESAL 1114

O

O.I.T. 929
OFICIAL RETIRADO 1279
OFICINA JURIDICA-Facultades 1353

P

PENSION DE INVALIDEZ 1294
PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento 1316
PENSION DE JUBILACION-Imprescriptibilidad 1054
PENSION DE JUBILACION-Improcedencia 1210
PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento 1346, 1376
PENSION DE JUBILACION-Liquidación 1413
PENSION GRACIA 1159
PENSION NACIONAL-Incompatibilidad 1159
PERIODO DE PRUEBA 1407
PERSONAL DOCENTE 1087
PERSONAL DOCENTE-Estabilidad 1266
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO-Estabilidad 1427
PERSONAL MILITAR 1024, 1316
PERSONERIA SUSTANTIVA 1119
PLANTA DE PERSONAL-Modificación 1137, 1150
PLANTA DE PERSONAL-Régimen Aplicable 993
POSESION 1050
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites 1324, 1447
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA 914
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades 1137
PRESIDENTE-Improcedencia 1289
PRESTACIONES SOCIALES 1082, 1223
PRESTACIONES SOCIALES-Improcedencia 1190
PRESTACIONES SOCIALES-Liquidación 1024
PRESTACIONES SOCIALES PERIODICAS 1219
PRETENSIONES 987
PRIMA DE SALTO-Improcedencia 1024
PROCESO DISCIPLINARIO 1119, 1396
PROCESO DISCIPLINARIO-Independencia 1119
PROCESO PENAL-Independencia 1119
PRUEBA RECOBRADA-Improcedencia 1186

R

RADIODIFUSION 918
REAJUSTE PENSIONAL 984
RECURSO DE REPOSICION 1071
RECURSO DE REVISION-Improcedencia 1033
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION 1284
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION
Principios Fundamentales 1436
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica 1436
RECURSO EXTRAORDINARIO DE HOMOLOGACION 1236
RECURSOS 960, 1419
RENUNCIA 1441
RENUNCIA FORZADA 969
RENUNCIA PROTOCOLARIA 1128
RENUNCIA-Aceptación 1332
REPRESENTANTE-Elección 1289
RETIRO DEL SERVICIO POR INCAPACIDAD 1294
RETROACTIVIDAD-Improcedencia 1413
REVISION 1186
REVISION DE TUTELA-Efectos 1363
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Improcedencia 1381

S

SALARIO EN MORA-Semana Vencida 1423
SANEAMIENTO-Improcedencia 1114
SENA-Aportes 1133
SENTENCIA 1186
SENTENCIA INHIBITORIA 1082, 1284
SENTENCIA INHIBITORIA-Improcedencia 1284
SEPARACION DE CUERPOS 1447
SERVICIO PRIVADO 918
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD-Facultades 1173
SILENCIO ADMINISTRATIVO 1013
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO 960, 1071, 1101
SINDICATO 1006
SINDICATOS 929
SOCIEDAD CONYUGAL 1447
SOCIO 947, 1279
SOCIO-Requisitos 1368
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO 1137

SUSPENSION PROVISIONAL-Efectos 1176
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia 1447
SUSPENSION PROVISIONAL-Objeto 1176
SUSTITUCION PENSIONAL-Beneficiarios 1447
SUSTRACCION DE MATERIA 1082

T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS 918, 987
TERMINO LEGAL 1324
TRABAJADOR NO SINDICALIZADO 1006
TRABAJADOR OFICIAL 1017
TRABAJADOR SINDICALIZADO 1006
TRASLADO 940, 1164
TRANSITO DE LEGISLACION-Salvamento de Voto 1202
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 1202
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO 1455
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Constitución 1215, 1236
TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Improcedencia 1360, 1363

U

ULTIMO AÑO 984
UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE PEREIRA 993, 1223

V

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento 960, 1071; 1294, 1419
VIATICOS-Improcedencia 1320