REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXIX
PRIMERA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO
CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE
1.992

PRIMERA PARTE

PRESIDENTE
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA

VICEPRESIDENTE
Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

SECRETARIA GENERAL
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

SECCION PRIMERA

PRESIDENTE
Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Dr. YESID ROJAS SERRANO
Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

SECRETARIA
Dra. KATERINE KARAKALPAKIS CALDERON

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE
Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ
Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER
(Hasta el 15 de octubre)
Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
(Desde el 16 de octubre)

SECRETARIA
Dra. ENEIDA WADNIPAR RAMOS

SECCION TERCERA

PRESIDENTE
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ
Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA

SECRETARIA
Dra. RUTH STELLA PALACIO CORREA

SECCION CUARTA

PRESIDENTE
Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS
Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Dr. JAIME ABELLA ZARATE
Dr. CARMELO MARTINEZ CONN

SECRETARIO
Dr. JORGE A. TORRADO TORRADO

SECCION QUINTA

PRESIDENTE
Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA
Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Dr. JORGE PENEN DELTIEURE (Hasta el 24 de noviembre)
Dr. MIGUEL VIANA PATIÑO

SECRETARIO
Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

PRESIDENTE
Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS
Dr. JAVIER HENAO HIDRON
Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Dr. JAIME PAREDES TAMAYO (Hasta el 15 de octubre)
Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO (Desde el 16 de octubre)

SECRETARIA
Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE
2ª Dra. EDNE COHEN DAZA
3ª Dr. JAIME OSSA ARBELAEZ
4ª Dr. JAIRO MAYA BETANCOURT
5ª Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ
6ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO
7ª Dra. GLORIA ALDAS GRACIA (E)
8ª Dra. LUZ STELLA PENA DE MENDEZ
9ª Dra. INES HURTADO CUBIDES
10ª Dr. FERNANDO OSPINA HENAO

RELATORES

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH

SALA PLENA

CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Analizando el artículo 132-9 del C.C.A. para aplicarlo al caso *sub-lite*, se tiene que se trata de una acción de restablecimiento del derecho en la que se controvierten "actos del orden nacional", y que los actos cuya nulidad se pide, se produjeron en esta ciudad. Así las cosas, no cabe duda que es competente para conocer y dirimir el litigio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*

Ref: Expediente No. C-220 ACTOR: *Amparo Cuartas Chica Conflicto de competencia suscitado entre losTribunales Administrativos de Cundinamarca y Quindío.* AUTO.

1.- Compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resolver el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Quindío, acerca de la competencia para conocer y decidir la demanda instaurada por Amparo Cuartas Chica, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.476.218 expedida en Armenia, mediante apoderado, contra el Fondo Nacional del Ahorro, de nulidad y restablecimiento, en la que se pide que se decrete la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. SJ-00409 de 3 de enero de 1991, SJ-26014, de abril 3 y SJ-53808 de junio 27, ambas fechas de 1991 y, en consecuencia, se disponga la correcta liquidación de intereses legales a 31 de diciembre de cada año "aún sobre sumas que no se encontraran en poder del Fondo tal como la misma ley lo ha señalado", el reconocimiento y pago de intereses de mora al 2% mensual liquidados sobre el pago definitivo de cesantías hecho por el Fondo o la entidad autorizada para ello, desde la fecha en que el mismo debió efectuar el pago, (décimo día de la radica-

ción de la solicitud de pago de cesantía), y que sobre la suma que resultare de la reliquidación de intereses corrientes del uno por ciento (1%) mensual, se ordene el reconocimiento de intereses moratorios del 2% desde el undécimo día a partir de la fecha de radicación de la solicitud de pago definitivo de la cesantía.

2. La demanda fue repartida al Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, que dictó el 15 de noviembre de 1991, folio 36, un auto solicitando a la Corporación Financiera del Transporte S.A., que enviara con destino al expediente una certificación sobre la clase de vínculo laboral existente entre la demandante y la mencionada Corporación, como empleado público, o trabajador oficial, y el último lugar de prestación de servicios a esa entidad.

3. La Corporación Financiera del Transporte S.A. contestó el 9 de abril de 1992, (v. fl. 38), informando que Amparo Cuartas Chica identificada con la c.c. No. 24.476.218 de Bogotá, se vinculó a esa entidad mediante contrato de trabajo del cual adjuntó una copia.

4. El 24 de mayo del año en curso (v. fls. 43/44), resolvió enviar el expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Quindio, "en consideración que la señora Amparo Cuartas Chica prestó sus últimos servicios en la ciudad de Armenia, (fl. 38), de conformidad con el artículo 131-6 inciso final"; fundó su decisión además, en los artículos 143-4 y 215-2 del C.C.A.

5. El Tribunal Administrativo del Quindio, con ponencia del Magistrado Silvio Giraldo Monsalve, se pronunció en auto de veintiséis (26) de agosto siguiente en el cual, a su turno, se declara incompetente y resuelve enviar el expediente a esta Corporación para que decida el conflicto de competencia, expresando en la parte motiva, que si se tratara de un conflicto laboral entre la demandante y la Corporación Financiera del Transporte, ninguna duda habría de que la competencia sería de esa Corporación, porque fue en esa ciudad donde se desarrollo al final la relación laboral, pero que en el caso que examina el conflicto está planteado entre la actora y el Fondo Nacional del Ahorro, con el cual no hubo relación laboral, siendo la entidad demandada la encargada de pagar las cesantías y los intereses de estas, por tanto, a esta entidad debe demandarse en su domicilio, ya que la causa directa del conflicto radica en la obligación que tiene el Fondo Nacional del Ahorro de pagar los intereses legales sobre cesantías.

SE CONSIDERA:

Se debe precisar, en primer lugar, que no se trata de un conflicto laboral entre la Corporación Financiera del Transporte y la demandante, sino entre ésta y el Fondo Nacional del Ahorro, por razón del pago de intereses a la afiliada ha dicho Fondo en virtud de su vinculación laboral con la Corporación Financiera del Transporte, por razón de la liquidación y pago de los intereses de cesantías de una de las afiliadas, y que se controvierten actos administrativos de una oficina con carácter nacional. Para tales eventos, está la previsión contenida en el artículo 132 numeral 9 del C.C.A. al decir que: "los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: "9) De los de restablecimiento del

derecho en que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos ordenes cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos ($800.000)"; y en el inciso tercero del mismo numeral, se precisa que: "la competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto".

Analizando la anterior disposición para aplicarla al caso sub-lite, se tiene que se trata de una acción de restablecimiento del derecho en la que se controvierten "actos del orden nacional", y que los actos cuya nulidad se pide, se produjeron en esta ciudad. Así las cosas, no cabe duda alguna que es competencia para conocer y dirimir el litigio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no el Quindío.

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y del Quindío en el sentido de que es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el competente para conocer del proceso, al cual se remitirá el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente-ausente; *Clara Forero de Castro salvo voto, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, salvo voto Miren de La Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Luis E. Jaramillo Mejía Ausente, Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Yesid Rojas Serrano, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahin Lizcano, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas salvo voto, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Diego Younes Moreno, Julio César Uribe Acosta,* Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General

CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA OBJETIVA/ INTERES SOBRE CESANTIAS/(salvamento de voto).

El factor objetivo de competencia por la materia laboral, en mi sentir no se determina por la parte demandada, pues de todos es conocido que en materia prestacional, que es indudablemente de contenido laboral, en muchos casos el obligo a satisfacer la prestación es una entidad de previsión o seguridad social distinta al patrono, como sucede al caso *sub-examine* en el que el pago de la cesantía corre a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. Afirmar que el pago de intereses sobre cesantías no es materia laboral, es como decir que los intereses que por ley se causan sobre una liquidación o devolución de impuestos, no es de naturaleza tributaria y llevaría al absurdo de exigir al particular el ejercicio de dos acciones diferentes para impugnar la legalidad de un mismo acto administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Expediente No. C-220 CONFLICTO DE COMPETENCIA ACTOR: *Amparo Cuartas Chica*

Con todo respeto me separo de la decisión tomada en forma mayoritaria por la Sala en este asunto, porque estimo que la resolución se baso en una premisa equivocada: que no se trata de un conflicto laboral.

El factor objetivo de competencia por la materia laboral, en mi sentir no se determina por la parte demandada, pues de todos es conocido que en materia prestacional, que es indudablemente de contenido laboral, en muchos casos el obligado a satisfacer la prestación es una entidad de previsión o seguridad social distinta

al patrono, como sucede en el caso *sub-examine* en el que el pago de la cesantía corre a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

Por otra parte el hecho de que la controversia gire alrededor de los "intereses" a que cree tener derecho el demandante, tampoco modifica la materia del litigio, pues lo que se está impugnando es el valor total de la cesantía que incluye los "intereses a favor de los trabajadores" dispuestos por el artículo 33 del decreto 3118 de 1968 cuya reliquidación pretende la demanda y aún los intereses moratorios" autorizados por el artículo 39 *ibídem*.

Afirmar que el pago de intereses sobre cesantías no es materia laboral, es como decir que los intereses que por ley se causan sobre una liquidación o devolución de impuestos no es de naturaleza tributaria y llevaría al absurdo de exigir al particular el ejercicio de dos acciones diferentes para impugnar la legalidad de un mismo acto administrativo.

Atentamente,

Dolly Pedraza De Arenas

CONFLICTO DE COMPETENCIA/COMPETENCIA TERRITORIAL/ (Salvamento de Voto)

Independientemente de si la actora fue trabajadora oficial o empleada pública, para establecer si la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer del asunto, estimo que en esta ocasión el Consejo de Estado solo debe ocuparse de dirimir el conflicto de competencia suscitado entre dos Tribunales Administrativos, a mi juicio debe asumir el conocimiento el Tribunal con jurisdicción en el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios por la demandante, como lo ordena el inciso del literal b) del numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Expediente No. C-220 ACTOR: *Amparo Cuartas Chica*

Respetuosamente me aparto de la decisión adoptada, ya que considera que según las reglas que determinan la competencia para conocer de asuntos laborales, el proceso corresponde al Tribunal Administrativo del Quindío.

Independientemente de si la actora fue trabajadora oficial o empleada pública, para establecer si las jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer del asunto, pues estimo que en esta ocasión el Consejo de Estado sólo debe ocuparse de dirimir el conflicto de competencia suscitado entre dos Tribunales Administrativos, a mi juicio debe asumir el conocimiento el Tribunal con jurisdicción donde se prestaron o debieron prestarse los servicios por la demandante, como lo ordena el último inciso del literal b) del numeral 6o. del artículo 131 del C.C.A.

Para el caso no importa que la controversia esté planteada entre la actora y el Fondo Nacional de Ahorro, pues lo relacionado con el auxilio de cesantía le corresponde y los intereses de la misma, se derivan obviamente su relación laboral y por tanto no es de aplicación para este proceso la regla de competencia contenida en el artículo 131, inciso final del numeral 9 del C. C. A. que fue la adoptada en la providencia de la que me permito disentir.

Clara Forero de Castro

CONFLICTO DE COMPETENCIA/CONSEJO DE ESTADO/PRINCIPIO DE JERARQUIA.

De acuerdo con el artículo 215 del C.C.A. y 148 del C. de P.C. desde la fecha en que la Sección Segunda de esta Corporación ordenó remitir el expediente al tribunal, la competencia de este para conocer del proceso era definitiva e incontrovertible, por haber remitido, el Consejo de Estado, como superior jerárquico, el proceso al Tribunal, de acuerdo con las normas procesales vigentes aplicables al evento *sub-lite* y que le impedían al inferior declararse incompetente.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente No. C-218

Conflicto de competencia entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Antioquia.

Se decide el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Antioquia, en cuanto se declararon incompetentes para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Concretos y Asfaltos Limitada.—Conasfaltos Limitada—.

I-. ANTECEDENTES.

I.1. Ante la Sección Segunda de esta Corporación, la sociedad CONCRETOS Y ASFALTOS LIMITADA— CONASFALTOS LIMITADA—, a través de apoderada, solicitó, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.: a): la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 611 de 12 de octubre de 1984, 773 de 10 de Diciembre de 1984, expedidas por la Jefe de la División De-

partamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia; 00198 de 31 de enero de 1985. emanada del Director General del Trabajo; 417 del 24 de julio de 1985 y 558 del 4 de octubre de 1985, de la Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquía, y, 01267 de 28 de abril de 1986, del Director General del Trabajo; y b): el restablecimiento del derecho consistente en la devolución de la que hubo de pagar la demandante indebidamente como sanción pecuniaria.

I.2. Mediante proveído de 14 de octubre de 1986, visible a folios 82 a 85, la Sección Segunda del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se controvierten actos del orden nacional expedidos por dependencias administrativas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que tiene cuantía determinada por el valor de la multa, consideró que carecía de competencia para conocer de la demanda presentada y ordenó su remisión al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por haberse expedido en Bogotá la Resolución No. 01267 de 28 de Abril de 1986, que agotó la vía gubernativa.

II. Posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca luego de admitir la demanda en providencia de 24 de abril de 1987 (folios 90 a 92) y después de surtida la etapa de fijación en lista, por auto de 9 de Septiembre de 1991 (folios 173 a 174), se declaró incompetente para conocer del proceso, con base en que por el lugar en donde cumplió actividades industriales y comerciales la sociedad demandante, el municipio de Bello, el proceso debía corresponder al Tribunal Administrativo de Antioquia, ordenando así su remisión.

III. Posición del Tribunal Administrativo de Antioquia

El Tribunal Administrativo de Antioquia, se declaró incompetente para conocer del proceso, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 148 del C. de P. C. que establece que el Juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por su superior jerárquico, además que según el artículo 140 numeral 3o. *ibídem*, hay lugar a nulidad en los procesos en los cuales el Juez procede contra providencia ejecutoriada del superior.

Que el numeral 6o. del artículo 132 del C.C.A., que tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es aplicable en éste caso sino que lo es el numeral 9o. por cuanto no se trata un restablecimiento del derecho de carácter laboral, sino de la controversia de actos expedidos por funcionarios del ordena nacional.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las normas que gobiernan la competencia cuando se radicó en cabeza del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el conocimiento del asunto que nos ocupa son las contenidas en el Decreto-Ley 01 de 1984, como quiera que la demanda y los actos posteriores a la misma se produjeron bajo su vigencia.

Prescribe el artículo 215 del Decreto-Ley 01 de 1984:

> "Los conflictos de competencias entre Tribunales Administrativos serán decididos por el Consejo de Estado conforme se dispone en el Libro II, Título XI, Capítulo II, del Código de Procedimiento Civil...".

Al respecto señala el C. de P. C. en su artículo 140, hoy 148:

> "Trámite. Siempre que el Juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente, esta decisión será inapelable.
>
> Cuando el Juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente, solicitará que el conflicto se decida por la autoridad judicial que corresponda, a la que enviará la actuación.
>
> *El Juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente, cuando el proceso le sea remitido por su respectivo superior jerárquico o por la Corte Suprema de Justicia.*
>
> Recibido el expediente, el Juez o Tribunal que deba dirimir el conflicto, dará traslado a las partes por el término común de tres días a fin de que presenten sus alegaciones, las pruebas pedidas durante dicho término o decretadas de oficio, se practicarán en los seis días siguientes. Vencido el término del traslado o el probatorio, en su caso, se resolverá el conflicto en el mismo auto se ordenará remitir el expediente al Juez que deba tramitarlo.
>
> El auto que decida el conflicto no es susceptible de recursos y se notificará al demandado, junto con el que admitió la demanda, si este no hubiera sido notificado.
>
> La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces". (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la preceptiva anterior, desde la fecha en que la Sección Segunda de esta Corporación ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (14 de octubre de 1986, folios 82 a 85), la competencia de este para conocer del proceso era definitiva e incontrovertible, por haber remitido, el Consejo de Estado, como superior jerárquico, el proceso a dicho Tribunal de acuerdo con las normas procesales vigentes al evento *sub-lite* y que le impedían al inferior declararse incompetente.

Por ello, la razones aducidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no pueden tenerse en cuenta y por ende habrá de ordenarse que siga conociendo del proceso objeto de esta controversia.

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia planteado entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y Antioquia en el sentido de que corresponde al primero la competencia para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la sociedad CONCRETOS Y ASFALTOS LIMITADA —CONASFALTOS LIMITADA—, con base en lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

En consecuencia remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Comuníquese al Tribunal Administrativo de Antioquía.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala de la sesión en la sesión del día tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA/(Aclaración de Voto).

Cuando el Consejo de Estado remite el asunto a un Tribunal no con fundamento en el artículo 216 del C.C.A., sino con apoyo en el mandato del artículo 143 *ibídem*, no esta definiendo ningún conflicto y su orden no puede tener el carácter de definitiva, Si lo tuviera, sin un incidente previo, la orden del superior equivocada implicaría un poder modificador de las reglas de competencia, lo que no es admisible porque dichas reglas son de orden público y de obligado acatamiento para todo el mundo.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., noviembre 9 de 1992

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Ref. Expediente C-218 Actor: Concretos y Asfaltos Ltda. Conasfaltos Ltda.

Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza*

Con todo respeto aclaro mi voto en los siguientes términos:

En principio cuando el Consejo de Estado define un conflicto y envía por competencia el asunto a un tribunal determinado éste deberá acatar su mandato, en los términos del inciso 3o. del artículo 148 del C. de P. C. pero se entiende esto cuando la orden de aquel organismo emane precisamente de una providencia que defina el conflicto.

Pero cuando el Consejo de Estado remite el asunto a un Tribunal no con fundamento en el artículo 216 del C.C.A., sino con apoyo en el mandato del artículo 143 del mismo estatuto, no esta definiendo ningún conflicto y su orden no puede tener el carácter de definitiva. Si lo tuviera, sin un incidente previo, la orden del

superior equivocada implicaría un poder modificador de las reglas de competencia, lo que no es admisible porque dichas reglas son de orden público y de obligado acatamiento para todo el mundo.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

IMPUESTOS SOBRE LA RENTA/COMPARACION DE PATRIMONIOS/PASIVO-Rechazo/**LIBROS DE CONTABILIDAD**-Atraso/**PRUEBA CONTABLE/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Improcedencia/**CONTABILIDAD**-Valor Probatorio.

La contabilidad es un todo integral, no es una parte de la misma; entonces, si bastante tiempo después de presentada la declaración de renta uno de los libros no tenía anotado los registros contables, no hay duda de que el atraso que anotó la administración como motivación para ser uso del sistema de la comparación patrimonial se dio evidentemente. Las sentencias invocadas no son cotejables con la recurrida, pues aún cuando trata acerca de la misma materia, lo hacen desde ángulos legislativos que no solamente no son los mismos, sino que son fundamentalmente diferentes. Las jurisprudencias invocadas son todas anteriores al año de 1961; el valor probatorio de la contabilidad fue regulado íntegramente por el Decreto 1651 de 1961, por el Decreto 2821 de 1974 y por la Ley 52 de 1977 de manera muy especial. La aplicación del sistema de determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial y la del tributo que de ella se deriva tiene lugar, entre otro eventos, cuando no se demuestra, por los medios adecuados de prueba, la existencia de los pasivos, y ellos no pudieron ser probados por el atraso de la contabilidad.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. S-222

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. ACTORA: *Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria.*

Decídese el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria contra la sentencia de 14 de junio de 1991, proferida

por la Sección Cuarta de esta Sala, por estimar la mencionada parte actora que ella sienta criterios jurisprudenciales que desconocen tesis acogidas por la propia Sección Cuarta, por la antigua Sala de Negocios Generales y por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. La providencia en cuestión confirma la que dicto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda hoy Cuarta), denegando las peticiones de la demandante. El recurso de que ahora conoce esta Sala Plena fue debidamente concedido por auto de seis de agosto del referido año de 1991.

I.- ANTECEDENTES

1.1. A 25 de julio de 1985 la susodicha sociedad comercial ocurrió en demanda para ante al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a solicitar la anulación de los actos compuestos por la liquidación de revisión No. 102234 de 3 de agosto de 1983 practicada por la Administración de Impuestos de Bogotá, y la resolución No. A-000388-P de 20 de marzo de 1985 que se notificó el 1o. de abril de éste año; esta última, dictada por la División de Recursos Tributarios de la misma administración. Mediante ellos, la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fijó el tributo de renta y complementarios a cargo de la actora por el año gravable de 1980.

1.2. Pide además de la libelista que, como consecuencia de la anulación que se decrete, para establecer el derecho lesionado por los actos administrativos se practique una nueva liquidación en legal forma en la cual se determine el impuesto de renta correspondiente por el año al año referido, prescindiendo de la comparación patrimonial.

1.3. Según cuentan los autos, la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria (NIT 60.034.417) había presentado su declaración de renta y patrimonio correspondiente al referido año de 1980, el 21 de abril de 1981.

1.4. Posteriormente, por acto comisorio de 11 de febrero de 1983, comisiónase a funcionario de la Administración para que practicase una visita y verificase en los libros de contabilidad, comprobantes y demás anexos lo relacionado con la contabilización e inclusión de la declaración, teniendo en cuenta los cruces de información que relacionó en su declaración. Esa diligencia se llevó a cabo y, como resultado de ella, a 29 de marzo siguiente se hizo el requerimiento especial No. 564 en la que se propuso rechazar, entre otros rubros, los pasivos con el público por la suma de $50.836.568.oo que había declarado, "sin más explicación ni información" y sin que la sociedad se enterase del informe. La Corporación, sin embargo, dio respuesta a ese requerimiento el 30 de junio de 1983, objetándolo, y adjuntó un certificado de su revisor fiscal sobre la realidad de los pasivos declarados por la Sociedad. A pesar de ello, la Administración produjo la liquidación en cuestión y rechazó los pasivos, recalcando un diferencia patrimonial de $54.252.694,oo; se anotó, como motivo de esa decisión, que "*en el momento de practicar la visita por auditoria externa, se pudo establecer que no se encontraban actualizados los libros de contabilidad*". Contra esa decisión, la Corporación Colpatria interpuso el recurso de recbnsideración, pero, por la resolución No.

00388 de 20 de marzo de 1985, fue confirmada en todas sus partes la liquidación de revisión conforme ha quedado dicho.

1.5. Tres fueron los motivos primordiales que esgrimió la parte actora contra los actos demandados, a saber:

a) "La Administración no cumplió con la obligación de explicar las razones en las cuales se sustenta el requerimiento", con lo que olvidó lo preceptuado por los arts. 42 y 57 (numeral 2) de la ley 52 de 1977, porque dice el libelo, esa explicación es un requisito de tal naturaleza, que sin ella, el acto ,se torna inexistente, máxime cuando "no se le informó la causa del rechazo" ni se dio a conocer las conclusiones consignadas en el acta de visita;

b) El rechazo, por parte de la Administración, del certificado del revisor fiscal acerca de los pasivos a favor de terceros, dando como motivo que la contabilidad estaba atrasada, no se justifica, porque la declaración de renta y patrimonio goza de la *presunción de veracidad*;

c) No tiene asidero legal el sistema de comparación de patrimonios que adoptó la administración, dado que el art. 74 del decreto 2053 de 1974 establece los ajustes que deben hacerse como paso previo para hacer uso de tal sistema, sin que influyan en ellos "los pasivos que son rechazados por falta de formalidades".

1.6. El Tribunal analizó todos y cada uno de esos tres motivos. Respecto al primero de ellos, observó que, al tenor del art. 30 de la ley 52 de 1977, la Administración tiene la facultad de investigar las partidas que aparezcan relacionadas en la declaración de renta, y que todos los antecedentes apuntan a afirmar que había suficiente mérito para hacer la investigación ordenada en el auto comisorio para examinar lo declarado, con base en los libros de contabilidad, los que a la postre no pudieron ser examinados porque no estaban al día *dos años después de haberse presentado la declaración de renta*, obligación que es de todos los comerciantes, no solo por la ley tributaria, sino por el propio Código de Comercio.

1.7. En cuanto al segundo motivo de inconformidad alegada por la parte actora, que se traduce en una supuesta violación de los arts. 33 de la ley 52 de 1977; del 24, numeral 9, del decreto 2053 de 1974; del 116 del decreto 187 de 1975, y del 176 del Código de Procedimiento Civil, anotó el Tribunal que "de acuerdo con los documentos que aparecen en los antecedentes administrativos, las agencias del gobierno establecieron que los pasivos declarados no aparecía contabilizados por cuanto la contabilidad estaba atrasada. Así las cosas, pidió las pruebas de los pasivos declarados"; ello, anota el Tribunal, desvirtúa la presunción de veracidad que ampara a la declaración de renta y traslada la carga de la prueba de tales pasivos a la sociedad declarante. Sostiene que las normas son muy claras, porque si al contribuyente se le practica una visita para que muestre los libro de contabilidad y éstos no existen o no están al día, no puede ser aceptada como prueba en etapas posteriores, es decir, "la realidad de las partidas declaradas debe demostrarse por medios distintos al contable". Por lo tanto, agrega, los certificados del revisor fiscal no llegan a demostrar los pasivos, dado que ellos, necesariamente,

debían emanar de los libros de contabilidad que no estaban al día y, debido a esto, no pudieron ser tenidos como prueba.

1.8. Y en cuanto al tercer motivo que sostiene el demandante, considera el Tribunal que el art. 74 del decreto 2053 de 1974 no puede interpretarse aisladamente y que la comparación patrimonial, como sistema, parte del principio de que el art. 116 del decreto 187 de 1975 dice que no habrá lugar al mismo, cuando se demuestre la existencia del pasivo, por lo que no habiéndose demostrado éste, hay lugar a su aplicación, tal como lo hizo la autoridad tributaria.

II. DE LAS CONSIDERACIONES DEL FALLO OBJETO DEL PRESENTE RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

2.1. Extensamente analiza el fallo objeto del presente recurso las dos cuestiones fundamentales sobre las que erigió la parte actora, tanto en la demanda como en su sustentación de la apelación, es decir, lo atinente al rechazo de los pasivos no contabilizados pero que si figuran en la declaración de renta, y la aplicación del sistema de la comparación de patrimonio para determinar el impuesto. Respecto a lo primero, si bien la Sección Cuarta reconoce que el requerimiento para el examen de la contabilidad fue un tanto impreciso, sostiene que ello fue provocado por la misma contribuyente, por el atraso de los libros de contabilidad, no sólo cuando fue presentada la declaración de renta, sino dos años después, cuando se produjo la visita de las autoridades del fisco nacional; este, sencillamente, quería establecer, con vista en los libros, lo que revelaban los cruces con las declaraciones de terceros, acreedores de la Corporación,; y esos terceros fueron debidamente individualizados en el oficio respectivo. Además, en la sede de la sociedad se puedo observar el atraso de los libros de contabilidad, con el agravante de que, obviamente, no aparecían en él los acreedores relacionados en el pasivo declarado. De esa suerte, concluye la Sección, se imponía el sistema de la comparación de patrimonio por mandato de la ley.

2.2. En cuanto al argumento de la demandante que hubo desconocimiento de la presunción de veracidad de que goza la declaración de renta, dice la Sección Cuarta que esa presunción no puede servir de escudo "para negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa de acuerdo con la ley se traduce en otra presunción contraria, cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretendan demostrar con la inspección de contabilidad". Agrega que de la presunción de veracidad tampoco es válido inferir que el contribuyente no pueda ser controvertido, máxime si se llega a comprobar que los libros de contabilidad deben ser llevados al día, para que allí aparezcan registrados los soportes contables del caso. Es el Código de Comercio y es la ley tributaria los que exigen que los dedicados al comercio lleven libros de contabilidad, y al no estar ellos al día, la presunción de veracidad de que goza la declaración de renta aparece controvertida y, obviamente, desaparece, en lo que atañe al punto en cuestión, como es del de los pasivos. Y afirma la Sección: "... la administración está obligada a verificar la realidad o veracidad de los datos" consignados en la declaración, no obstante que ésta se presume verídica, "con miras a una exacta y legal tasación del tributo y en desa-

rrollo de tal facultad, puede exigir del contribuyente obligado a llevar libros de contabilidad y exhibición de los mismos, así con de los documentos que soportan los asientos contables".

2.3. Acerca de la prueba contable, sostiene la Sección Cuarta que, tal como lo determina el art. 15 del decreto 2821 de 1974, la consecuencia punitiva de la no presentación de la contabilidad y papeles del comercio, cuando la Administración lo exija, es que, posteriormente, el contribuyente no pueda invocarla como prueba, tal como lo ha recalcado esa misma Sección en fallo de 27 de noviembre de 1989, con ponencia del consejero Chahín Lizcano. "Porque permitir que el contribuyente se niegue a presentar los documentos soportes y después los presente como prueba determina que la facultad de investigación pierda su sentido y se convierta en nugatoria".

2.4. Y concluye la Sección Cuarta: "Por ésta razón resultan válidas las afirmaciones del *a-quo* y del colaborador fiscal en el sentido de no admitir la prueba consistente en la certificación del revisor fiscal, y del peritazgo, pues ellas necesariamente se refieren a unos libros de comercio y sus documentos soportes, que por no haber sido presentados oportunamente perdieron validez probatoria frente a la administración de impuestos".

III. JURISPRUDENCIAS CONTRARIADAS SEGÚN LA RECURRENTE.

3.1. En dos grandes grupos clasifica la recurrente las jurisprudencias de la Corporación, que, según ella, fueron desconocidas por la sentencia de 14 de junio de 1991, a saber:

a) las sentadas en providencias de la Sala Plena y de la antigua sala de Negocios Generales, y

b) Las acogidas por secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Respecto a todas ellas, hace un recuento de las posiciones doctrinales que ha tenido el Consejo a raíz y en torno del recurso extraordinario de súplica.

3.2 Aquéllas son las siguientes

3.2.1. La de 14 de septiembre de 1961, de la Sala Contenciosa, con ponencia del consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez, que "determina las características de la falsa motivación y de la desviación de poder".

3.2.2. La de 4 de diciembre de 1962, de la Sala Contenciosa, con ponencia del Consejero Guillermo González Charry, sobre desarrollo del tema de la falsedad ideológica de los actos administrativos.

3.2.3. La de 25 de agosto de 1969, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Andrés Holguín, que sienta precedentes sobre las consideraciones y motivos de los actos administrativos.

3.2.4. La de 9 de marzo de 1971 de la Sala plena, con ponencia del consejero Lucrecio Jaramillo Vélez, que trata de los elementos de los actos administrativos.

3.2.5. La del 17 de julio de 1959, de la Sala Contenciosa, con ponencia del consejero Pedro Gómez Valderrama, que trata del derecho de defensa en las liquidaciones de los impuestos, y

3.2.6. La de 7 de noviembre de 1960, de la Sala Contenciosa, con ponencia del consejero Guillermo González Charry, que se "refiere a los principios fundamentales en materia de pruebas".

3.3. De las del grupo b), se refiere la recurrente a la de 11 de agosto de 1989, de la Sección Cuarta, con ponencia de las consejera Consuelo Sarria Olcos, que "se refiere a las características y finalidades del requerimiento especial".

Con base, pues, en lo anterior, la Sala ha de examinar lo que corresponde a cada una de las jurisprudencias que se dicen contrariadas o desconocidas, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Primera

No obstante que, por mayoría, esta Sala Plena ha determinado que el art. 130 (versión del art. 21 del decreto ley 2304 de 1989), relativo al recurso extraordinario de súplica, perdió vigencia frente al art. 230 de la nueva Carta Política, también la mayoría de la misma ha definido que tal criterio sólo tienen operancia para aquellos recursos que se hayan interpuesto a partir de dicha posición. Debido a ello, la Sala emprende el estudio del presente recurso.

Segunda

Como es sabido, la Sala Plena ha determinado, aún bajo la égida de la ley 11 de 1975 (art. 2o.), que el recurso extraordinario de súplica sólo tiene aplicación cuando una de las secciones, sin la aprobación de la Sala Plena, acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. Por lo tanto, el análisis que en el presente fallo se haga, se ha de limitar a aquellas providencias dictadas por las antiguas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo anterior al decreto-ley 524 de 1964, o por esta Sala Plena, que quien ha propuesto el recurso, en forma precisa, estime contrariadas por la sentencia ahora recurrida.

De esta suerte, queda excluida de tal análisis comparativo la jurisprudencia de la Sección Cuarta acogida en 11 agosto de 1989, con ponencia de la consejera Consuelo Sarria Olcos y que se refiere a las características y finalidades del requerimiento especial, como anota la recurrente.

Tercera

Conforme las transcripciones hechas por el apoderado judicial de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria, las sentencias de 11 de abril de 1962, 25 de agosto de 1969 y 14 de septiembre de 1961 han expresado, en lo que atañe a la falsa motivación, a la falsedad ideológica y a la desviación de poder que pueden efectuar de nulidad los actos administrativos:

> "... No hay duda de que respecto de los actos de la administración pueden presentarse los dos tipos de falsedad. En cuanto a la ideológica, está estrechamente vinculada al contenido mismo del acto en cuanto en él se hayan afirmado nociones, principios, ideas o hechos que no corresponda a la verdad real...".
>
> "Es claro que la Administración debe dictar sus providencias ajustándose estrictamente a la realidad, sus afirmaciones deben ser siempre verídicas. Los considerados y motivos de los actos gubernativos deben estar ajustados a los hechos, y ser fiel reflejo de ellos por razones de orden legal y moral...".
>
> "...Porque es preciso recalcar que la entre nosotros llamada falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la "desviación de las atribuciones propias" de quien profiere el acto administrativo. Configurada esa desviación se anulará el acto...".
>
> "...Según la doctrina, lo que viola el acto dictado con desviación de poder no es ningún texto legal definido y concretamente citable... lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del estado de derecho que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad... La discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada...".

En concepto del recurrente, al aceptar la sentencia de la Sección Cuarta, como válidos, los actos administrativos demandados, hizo caso omiso a la jurisprudencia transcrita, dado que los dichos actos tienen evidentes errores; esto es:

a) La Administración afirma en la liquidación oficial y en la Resolución que desató el recurso de reconsideración, que la contabilidad de la compañía era inexistente, por la aparente circunstancia de que uno de sus libros estaba atrasado en cuanto a sus registros. Si la contabilidad, según la ley, comprende tanto los libros principales como sus auxiliares, y todos los documentos de orden interno y externo, que incluyen facturas, contratos, correspondencia relacionada con los negocios, recibos sobre movimientos de fondos, y métodos mecanizados o computarizados para procesar la información contable financiera, todo lo cual se refleja en balances sometidos a revisión de la Superintendencia Bancaria, bajo ¿qué clase de consideraciones de hecho o jurídicas se podía llegar a esa conclusión? Esta es, por lo tanto, una conclusión inexacta.

Observa la Sala: Si la Sección Cuarta tuvo como cierta, como verdadera, la motivación recogida por los actos administrativos fue porque, según lo establecen

los hechos, la contabilidad, entendida como un todo integral, fácticamente no existía en el momento de practicarse la visita decretada por la Dirección de impuestos. La contabilidad no es algo parcial como se deriva del art. 48 del Código de Comercio, sino que comprende todos los libros, todos los registros contables, todos los inventarios y estados financieros en general, de suerte que si no todos ellos están al día, la contabilidad resulta inexistente desde el punto de vista de su integridad conceptual y, precisamente por eso no se pudo llevar a cabo la visita como lo había señalado la Administración. No ve entonces la Sala cómo pueda sostenerse que haya habido, desde este punto de vista, falsedad ideológica ni desviación de poder en esos actos, pues, antes bien, esa afirmación de los actos acusados acerca de la inexistencia de la contabilidad, como algo integral, es algo verídico. De allí que no puede tenerse como desconocida la jurisprudencia en cita por el fallo recurrido en súplica.

b) La Administración afirma que la contabilidad *estaba atrasada* y ello da a entender que toda la contabilidad lo estaba, cuando sólo se hallaba en esa situación uno de sus libros, y eso en febrero de 1983, fecha de la inspección oficial, y también en marzo del mismo año; por lo tanto, la motivación no es del todo cierta.

Observa la Sala: Como se ha dicho en el comentario anterior, la contabilidad es un todo integral, no una parte de la misma. Entonces, si bastante tiempo después de presentada la declaración de renta de los libros no tenía anotados los registros contables, no hay duda de que el atraso que anotó la Administración como motivación para hacer uso del sistema de la comparación patrimonial se dio evidentemente. Por lo tanto, tampoco puede ello tenerse como falsa motivación de los actos ni que la sentencia recurrida haya desconocido la jurisprudencia que dice fue olvidada por la Sección Cuarta.

c) Otra motivación de los actos acusados que el recurrente estima falsa ideológicamente hablando y que repercute en la sentencia recurrida es la de que aquella indica que "el contribuyente se negó a exhibir su contabilidad. Y dice el recurrente que ello no corresponde a la realidad, porque la contribuyente puso a disposición de la Administración "toda su evidencia contable, y precisamente de ahí surge la equivocada apreciación de que toda su contabilidad no estaba al día. No hay evidencia de que el contribuyente se haya negado a presentar los documentos soporte de sus pasivos, pues, por el contrario, en la respuesta al requerimiento especial, y en el recurso de reconsideración, solicitó a la Administración efectuara nuevas inspecciones a toda su contabilidad, y como sin razón legal para ello la Administración le negó tal derecho, presentó ante el Tribunal con ocasión de la demanda, un importante número de documentos contables, y obtuvo un dictamen pericial que acreditaba más allá de toda duda, que sí llevaba contabilidad y que ésta estaba compuesta por libros principales, libros auxiliares, comprobantes de contabilidad y documentos externos que soportaban sus operaciones. El contribuyente dejó en claro que desde el mismo momento en que se inició el debate con la Administración tributaria, su intención fue presentar a la Administración su contabilidad, y no como lo afirma la Administración tributaria, que su actitud fue la de "negarse a exhibir dicha contabilidad".

Observa la Sala: Todo parece indicar que el recurrente se refiere a un momento distinto al señalado por los actos acusados. Estos demarcan la ocasión en la cual fue la autoridad de impuestos a llevar a cabo la visita o inspección, mientras que el contribuyente va al tiempo en que él presentó al Tribunal "un importante número de documentos contables y obtuvo un dictamen pericial que acreditaba más allá de toda duda, que sí llevaba contabilidad y que ésta estaba compuesta de libros principales, libros auxiliares, comprobantes de contabilidad y documentos externos que soportaban sus operaciones". Resulta claro entonces que los actos de administración al ser motivados, se atienen a ese instante, no a uno posterior, lo que sería ilógico, y todo revela que cuando ello sucedió, la exhibición no podía hacerse a la contabilidad de un modo integral porque, como se ha dicho, no todos sus libros estaban al día.

Ha de concluirse, por tanto, que tampoco la sentencia impugnada desconoció la jurisprudencia arriba transcrita por no haber dado el carácter de falsa motivación ideológica a lo afirmado por los actos acusados acerca de la negativa de exhibir dicha contabilidad, si bien se exhibió parte de ésta. De Conformidad con el art. 50 del Código de Comercio, la contabilidad solamente podrá llevarse en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios de los comerciantes, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno, haciendo parte de la misma (art. 51) "todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas *asentadas en los libros,* así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios". En otras palabras, los comprobantes no pueden respaldar algo inexistente y, como ya se ha dicho, únicamente en virtud de los asientos, los comprobantes tienen rango probatorio respecto a ellos. Si bien el contribuyente en el caso *sub-lite* mostró los documentos comprobantes de los pasivos, no hizo lo propio en torno a la totalidad de los libros, debido a que unos de ellos no estaban al día,; no registraban una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante.

No ve la Sala, por consiguiente, que la sentencia de la Sección Cuarta haya desconocido o alterado la Jurisprudencia señalada por el recurrente. Se limitó a señalar cómo la motivación en lo a esto atañe, obedeció a las circunstancias fácticas que rodean el caso en estudio.

Cuarta

Argumenta igualmente el apoderado de la Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria que la Sección Cuarta inadvierte que el 9 de marzo de 1971, con ponencia del señor consejero doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, la Sala Plena había visto y enseñado que "existen elementos esenciales" para todo acto administrativo, "de los cuales depende su validez y eficacia", siendo ellos "el órgano competente, la voluntad administrativa, *el contenido, los motivos*, la finalidad y la forma, y que explicó, nítidamente cómo *el contenido,* que debe ser determinado, debe ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes, y que la vigencia de ese contenido, debe ajustarse a las normas jurídicas superiores, siendo un elemento esencial, reitera, para la validez del acto.

Y en cuanto a los *motivos* como elemento esencial del acto administrativo, recuerda el impugnador que la jurisprudencia en cita ya había enseñado que la "administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y derecho que corresponde. En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo".

Dice seguidamente que la contradicción entre esa jurisprudencia y la acogida por el fallo de la Sección Cuarta "es clara toda vez que mientras para la Sala Plena del Consejo de Estado, las circunstancias de hecho o de derecho que llevan a dictar los actos administrativos conforman su contenido y constituyen el motivo de tales actos, y estos son dos elementos esenciales para la validez de los mismos, para la Sección Cuarta la deficiencia y la falta real de motivos, no puede predicarse para la existencia o invalidez del acto, y tal conclusión no varía si las explicaciones del mismo"... son o no detalladas, extensas o precisas".

Observa la Sala: Ciertamente que entre otras frases usadas en las consideraciones del fallo de la Sección Cuarta ve en el requerimiento "explicaciones un tanto imprecisas". No obstante, de ello no es valido colegir que esté admitiendo que todas las motivaciones o su contenido se alejen de las normas jurídicas vigentes, ni, tampoco que las motivaciones vayan en discordancia con las circunstancias de hecho o de derecho, con las anotadas en los actos. Si ello fuera así, el uso inadecuado de locuciones o de palabras, frecuente por demás en los textos de los actos administrativos, tornaríamos inválidos con desmedro de la seguridad jurídica y de la presunción de legalidad que son los subtentáculos de los pronunciamientos de la Administración e, incluso de las normas legales en general. La jurisprudencia tiene un significado diferente; el contenido y la motivación de los actos administrativos; el primero debe ajustarse a las normas jurídicas y a los principios de derecho como pautas de ellos, y los segundos han de reflejar las cuestiones fácticas, las circunstancias de hecho que han movido a la Administración a pronunciarse en determinado sentido, y sólo cuando aquél se distancia del espíritu de las reglas o cuando éstas no responden a la realidad o se toman por capricho tales elementos del acto desobedecerán el sentido de que deben revestirse, máxime si ellos no consultan los intereses del servicio público a que esté destinado dicho acto.

La Sección Cuarta, al examinar el sentido del contenido y de las motivaciones, halló respaldo de aquél en los cánones que informan la materia, y encontró que éstas se amoldaron a las objeciones fundamentales que, respaldadas por los hechos probados, se hicieron a la declaración de renta, inspirado todo en el servicio público que regenta los temas fiscales, vigentes para la época que rigió tal denuncia.

Quinta

Como se enunció arriba, otra de las objeciones que el recurrente hace al pronunciamiento de la Sección cuarta estriba en la desatención a la jurisprudencia dada por la Sala de lo Contencioso Administrativo el 17 de julio de 1959, con ponencia del señor consejero doctor Pedro Gómez Valderrama en torno al sistema de liquidación de tributo de renta y complementarios conocido como de "comparación de patrimonios". Para esa jurisprudencia, antes de proceder a su aplicación, las oficinas respectivas "solicitarán del contribuyente la explicación del caso, fijándole para ello un término razonable", porque si así no se hiciera, se violaría el principio del art. 26 de la antigua constitución, es decir, una de las garantías fundamentales sobre las cuales reposa la estructura del estado de derecho. No hacer así, el acto sería nulo por ilegalidad, al quebrantarse normas especiales del procedimiento señalado por la ley para hacer uso del sistema mencionado, o sea, la de oír previamente al contribuyente las explicaciones pertinentes.

Para el recurrente en súplica extraordinaria hay contradicción entre la tesis de la nueva jurisprudencia de la Sección Cuarta y la de la Sala Plena porque, al admitir como válido un requerimiento especial impreciso y deficiente, sin explicación de hechos y valoración de pruebas, y que no trasladó al acta de inspección contable a Colpatria, y, en la práctica ello equivalió a tener como prueba la "no exhibición de la contabilidad:", y a penalizar la no aceptación de las pruebas presentadas con el sistema de comparación patrimonial.

Observa la Sala: No hay quebranto de jurisprudencia en cuanto este atañe, porque pese a que, en verdad, el requerimiento fue impreciso y deficiente, en últimas se refirió al hecho cierto de que no se mostró la contabilidad, aunque sí unos libros que no estaban al día, dos años después del denuncio fiscal; y de allí que no pudiera aceptar después otras pruebas para demostrar la existencia de los pasivos. De manera que tanto el Tribunal como la Sección Cuarta sí vieron cumplidos, en esencia, lo que al respecto exigen las normatividades tributarias.

Sexta

El impugnante comenta que hubo olvido de la jurisprudencia que habla de los *principios de publicidad y contradicción de la prueba,* analizados en fallo de 7 de noviembre de 1960, de la Sala Contenciosa Administrativa, con ponencia del señor consejero doctor Guillermo González Charry. Sostiene que de la inspección contable no se dio traslado al contribuyente y no se le dio oportunidad de discutirla, controvertirla o de comprobar los hechos a que ella se refiere.

Observa la Sala: Se ha leído con cuidado la historia procesal de la presente litis en lo ateniente a posible contradicción, pero no se alcanza a dar ni el menor atino de ella. Un hecho negativo acerca de que la contabilidad no estaba al día en el momento de la inspección sólo podría ser demostrado mediante algo que revelara que este hecho no existió, más, como se ha visto, todo apunta a que la contabilidad estaba con dos años de atraso y que aún después de celebrada la inspección, en marzo de 1983, todavía persistía el atraso. Eso fue lo que tuvo en cuenta la Sección

cuarta al no acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto las leyes fiscales y el Código de Comercio marcan un rumbo preciso en lo que hace al valor probatorio de la contabilidad. Recuérdese que el art. 63 del Código de Comercio indica cómo los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público pueden ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante para, entre otros eventos, la tasación de impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones, de modo que si la contabilidad que, como se ha recalcado, es un todo integral y no fragmentario, si ella no está al día no puede demostrarse la existencia de los pasivos, lo que abre las puertas para aplicar el sistema de la comparación de patrimonios de una vigencia y la anterior.

Séptima

La más importante y trascendental contradicción entre la jurisprudencia de esta Sala Plena y la de la Sección Cuarta la encuentra el recurrente en lo que atañe al principio de la presunción de veracidad de que goza la declaración de renta y complementarios que, en desarrollo de normas vigentes para las épocas en que fueron emitidas, acogió el Consejo de Estado el 23 de noviembre de 1939 (con ponencia del consejero doctor Elías Abad M), el 18 de noviembre de 1940 (con ponencia del consejero doctor Ramón Miranda), el 7 de octubre de 1941 (con ponencia del consejero doctoro Tulio E. Tascón), el 23 de mayo de 1960 (con ponencia del consejero doctor Alejandro Domínguez Molina, y más adelante por la propia Sección Cuarta. Al menguar, por ende, el valor de esta presunción, la setencia controvertida desconoce lo sentado en las dichas jurisprudencias,

Esas jurisprudencias son del siguiente tenor:

> "La declaración del contribuyente lleva en sí una presunción de verdad que sólo puede destruirse mediante pruebas fehacientes. Para este efecto la administración está sujeta al sistema probatorio ordinario...".
>
> "La presunción de exactitud de toda declaración implica que debe ser desvirtuada por medios irrebatibles que lleven al convencimiento del ánimo defraudatorio del contribuyente...".
>
> "El aumento del activo del contribuyente debe probarse por el liquidador y sólo a él incumbe probarlo para justificar su liquidación, para cuyo efecto está investido por la ley de facultades suficientes para delegar las pruebas necesarias...".
>
> "La presunción de veracidad de la declaración es una garantía para el contribuyente mientras no aparezca la plena prueba de su inexactitud...".

Arguye entonces el suplicante que la providencia de la Sección Cuarta es contraria a esa jurisprudencia porque supedita la eficacia probatoria de la presunción de veracidad al arbitrio de la administración que, en ejercicio de sus facultades puede, por meros cruces de información con terceros, cuestionar el denuncio fiscal sin que obre comprobación plena en contrario, porque releva a la administración de la carga probatoria que le corresponde y porque desconoce la naturaleza y los

efectos propios de la presunción, que invierte la carga de la prueba para la Administración.

Sobre el tópico explica:

A) De acuerdo con la sentencia suplicada "el atraso de uno de los varios libros de contabilidad constituye no sólo atraso de ese libro, sino toda la contabilidad, tipificando, además, que la compañía declarante rehuyó la exhibición de los documentos o pruebas o negarse a exhibir la contabilidad y que, como consecuencia de ello, se impone la aplicación del sistema de comparación patrimonial.

B) La Sección Cuarta le otorga a la petición de inspecciones oculares, a la certificación del revisor fiscal y a las pruebas oficiales, así como al balance presentado por la Compañía a la Superintendencia, que se basan en la contabilidad, una pérdida de su validez probatoria frente a la Administración de Impuestos y a los tribunales, afirma el recurrente, y

C) Le da el carácter de prueba fehaciente a un acta de inspección de libros que no fue objeto de debate probatorio (publicidad y contradicción), no obstante que así desconoce dos jurisprudencias de la Sala Contenciosa y hasta de la propia Sección Cuarta, que corroboran como "una deficiencia en los registros contables se subsana con una comprobación en debida forma..." (sent. de 7 de febrero de 1935, consejero ponente doctor Isaías Cepeda), y cómo "para que las pruebas aducidas en un juicio sirva al juez como instrumentos idóneos de información debe participar de los principios de publicidad y contradicción. Estos principios son comunes a todas las pruebas y entre ellas, en especial, la inspección ocular..." (sent. de 7 de noviembre de 1960, consejero ponente doctor Guillermo González Charry).

Observa la Sala: Como puede apreciarse, todas las sentencias citadas se refieren a la presunción de veracidad de la declaración tributaria y, según el suplicante, fueron contrariadas porque en la sentencia acusada se sostuvo que de la presunción de veracidad no puede inferirse la obligación de la Administración de aceptar, sin juicio valorativo, las afirmaciones del contribuyente y, de otra parte, no le es lícito al mismo escudarse en la presunción dicha para "negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa se traduce en otra presunción contraria cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretenden demostrar en la inspección de contabilidad".

Basta leer las fechas de las sentencias citadas para sustentar este cargo para concluir que todas son anteriores a 1961, año en el cual fue dictado el Decreto 1651, que se ha considerado el primer estatuto sobre pruebas tributarias, y que la sentencia ahora suplicada se refiere al año de 1980, cuando además del mencionad decreto 1651 de 1961, se habían producido las reformas tributarias de 1974 y 1977 que introdujeron modificaciones sustanciales al régimen de pruebas y *concretamente a la presunción de veracidad de la declaración en materia de pasivos*, que es el tema que ocupó al fallo recurrido.

En efecto, desde el Decreto 2053 de 1974 para que procediera el reconocimiento de los pasivos se exigió a los contribuyentes el cumplimiento, no sólo de requisitos formales, como los de suministrar determinadas informaciones en la

declaración de renta, *sino de naturaleza probatoria*, pues se les impuso la obligación de conservar los documentos correspondientes a la cancelación de la deuda, por el término de la revisión oficiosa. El cumplimiento de este deber, al tenor del art. 116 del decreto reglamentario 187 de 1975 generaba la obligación para el contribuyente renuente, de demostrar la existencia del pasivo.

Por otra parte, la ley 52 de 1977 (art. 33) dispuso que "se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las misma o en las respuestas a requerimientos administrativos, *cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija*" (se subraya por la Sala), lo que implica una modificación fundamental a la concepción de la presunción de veracidad de la declaración de renta y patrimonio, en aquellos casos en los que la ley exige una comprobación especial, que es, como se ha visto, *el caso referente a la declaración de pasivos.*

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que las sentencias invocadas no son cotejables con la recurrida, pues aún cuando tratan acerca de la misma materia, lo hacen desde ángulos legislativos que no solamente no son los mismos, sino que son fundamentalmente diferentes.

Octava

Expresa el recurrente que la Sección Cuarta, al estimar el atraso en la contabilidad como "rehuir la exhibición de los documentos o pruebas exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imposición" o "negarse a exhibir la contabilidad" y deducirle la consecuencia punitiva de no poder invocarla como prueba con posterioridad, desconoció la jurisprudencia anterior de la Corporación, sentadas en los fallos de 7 de febrero de 1935 (ponente, doctor Isaías Cepeda) que dijo que "una deficiencia en los libros contables se subsana con una comprobación en debida forma" y en el de 7 de noviembre de 1960 (ponente, doctor Guillermo González Charry) en la que se dijo que "para que las pruebas aducidas en un juicio sirvan al juez como instrumentos idóneos de información deben participar en los principios de publicidad y contradicción. Esos principios son comunes a todas las pruebas y entre ellas en especial a la inspección ocular".

Observa la Sala: Quepa advertir nuevamente que las jurisprudencias invocadas son todas anteriores al año de 1961. El valor probatorio de la contabilidad fue regulado íntegramente por el decreto 1651 de 1961, por el decreto 2821 de 1974 y por la ley 52 de 1977 de manera muy especial.

El artículo 40 del decreto 2821 de 1974 señaló que "tanto para comerciantes como para quienes no estando legalmente obligados, lleven libros de contabilidad, éstos serán prueba suficiente siempre que reúnan los siguientes requisitos...3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural...". Y el art. 37 de la ley 52 de 1977 dispuso: "...la negativa del contribuyente a exhibir sus libros, comprobantes o documentos de contabilidad, se tendrá como indicio en su contra y no podrá invocarlos *posteriormente* como prueba en su favor..." (las subrayas no son del texto). Entonces, si el fallo recurrido, del hecho de "rehuir la exhibición de

documentos contables" (hecho que no es susceptible de verificación en el recurso extraordinario de súplica) dedujo la consecuencia de que el contribuyente ya no puede invocar *posteriormente* su contabilidad como prueba, es evidente que se apoyó en el art. 37 de la ley 52 de 1977, norma que estaba vigente para el año gravable de 1980 y que por motivos obvios no podía ser considerada por los juzgadores de años anteriores a 1961.

Por ello, concluye la Sala, tampoco son comparables las jurisprudencias invocadas por el recurrente en el caso *sub-lite.*

Novena

Para el suplicante, la sentencia objeto de censura le da al sistema de comparación patrimonial un alcance inusitado, en contra de la filosofía que orientó su creación, le adjudica idéntico valor a una deuda cuestionada por deficiencias de orden formal que a una deuda irreal o inexistente, provoca artificialmente una diferencia patrimonial inexistente mediante el rechazo de unos pasivos comprobados satisfactoriamente y de ella colige la capitalización de unas rentas igualmente ficticias, no obstante que tanto en 1959 (ponente, doctor Pedro Gómez Valderrama) y en 1962 (ponente, doctor Ricardo Bonilla), ya habían explicado cómo "el sistema de determinación de la renta por comparación patrimonial es excepcionalísimo" y que "por tanto, la facultad de los funcionarios es reglada y su ejercicio debe estar estrictamente ceñido a los alcances de este sistema especial", y que "si el contribuyente explica razonablemente la diferencia patrimonial, debe desecharse el sistema especialísimo de determinación de la renta por comparación de patrimonios y recurrirse al sistema ordinario".

Observa la Sala: Este cargo no puede analizarse aislado de las observaciones hechas por la Sala a los que acaban de examinarse. Porque precisamente la aplicación del sistema de determinación de la renta por el sistema de comparación patrimonial y la del tributo que de ella se deriva tiene lugar, entre otros eventos, cuando no se demuestra, por los medios adecuados de prueba, la existencia de los pasivos, y ya se ha visto que ellos no pudieron ser probados por el atraso de la contabilidad. En consecuencia, si se daba una de las causas para hacer uso, por parte de la Administración, de dicho sistema, es de concluir que los principios señalados de la exepcionalidad del mismo no fueron desconocidos y que, por ende, al no probarse la realidad de los pasivos por el medio apto para hacerlo, él era el aplicable y que la Sección Cuarta no desconoció la jurisprudencia que el recurrente afirma fue contrariada. No prosperará este cargo.

Décima

Sostiene el recurrente que la sentencia suplicada le dio más valor a la verdad formal que a la verdad real, dándole prevalencia a los formalismos, a las ritualidades, no obstante que hay piezas que revelan, con claridad meridiana, la verdadera existencia en los pasivos, y así desconoce u olvida jurisprudencias tales como la de 16 de julio de 1959 (ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta Alandete), según

la cual "la Administración no puede hacer uso de sus prerrogativas sino dentro del cumplimiento exacto de las normas reguladoras de sus actividades, *buscando la verdad como piedra angular en la cual descansa la razón de su imperio...*" (se subraya)

Observa la Sala: No se trató, ciertamente, de un cuestión formal o ritual. La apreciación de la prueba, su valoración, obedece a parámetros que ha fijado la ley. Si para la contabilidad que, como se ha dicho, la ley ha determinado cómo ha de servir y cómo ha de tenerse como prueba y descarta, si ella no existe, cualquier otro medio distinto a ella para comprobar lo que ella debió registrar, no es que se dé paso a la verdad formal por encima de la verdad real, sino que ese hecho —la existencia de los pasivos en el caso de autos— no puede probarse, que fue lo que hizo la Sección Cuarta al confirmar la sentencia del *a-quo* para no darle valor probatorio a los comprobantes no registrados en la contabilidad y que en un principio la contribuyente no exhibió y que tardíamente quiso suplirlos con certificación del revisor fiscal con el balance llevado a la Superintendencia Bancaria. Si la verdad es la conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente, si los hechos son cuestiones que han de establecerse mediante pruebas idóneas y éstas no se allegan de acuerdo a las pautas determinadas por la ley, es apenas obvio que la verdad verdadera o la verdad formal no puedan predicarse en el juicio, sino que el juzgador ha de tener el hecho —la existencia de los pasivos— como no probado.

Este último cargo, igualmente, no puede prosperar.

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

FALLA:

No se infirma la sentencia de catorce (14) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 1992.

Alvaro Lecompte Luna, Presidente; *Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Miguel González Rodríguez,* Salva Voto; *Luis E. Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure,* Ausente; *Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Salva Voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Amado Gutiérrez Velásquez,* Salva Voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Daniel Suárez Hernández, Diego Younes Moreno, Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Hugo Palacios Mejía salva voto,*

Nubia Gonzalez Cerón; Secretaria Gèneral

CONTABILIDAD-Valor probatorio/**LIBROS DE CONTABILIDAD**- Exhibición/**LIBROS DE CONTABILIDAD**-Atraso/(Salvamento de voto).

La sentencia de la cual me aparto afirma que, de acuerdo con el artículo 48 del C. de Co., por no ser la contabilidad algo parcial, si todos sus elementos no están al día, la contabilidad es inexistente. Esta interpretación del C. de Co. se opone al artículo 654 del estatuto tributario, en cuyos literales a y f, se distingue en forma nítida entre la inexistencia y el atraso en materia contable. El artículo 654 distingue también entre los fenómenos de "atraso" en la contabilidad y "negativa de exhibición. Y ni el artículo 37 de la Ley 52 de 1977, o el 15 del decreto 3803 de 1982 confundían los fenómenos.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DR. HUGO PALACIOS MEJIA

Ref.: Radicación S-222

Actor: *Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria*

Con todo respeto, no comparto la opinión de la mayoría por las siguientes razones:

1.- La sentencia de la cual me aparto afirma que, de acuerdo con el artículo 48 del Código de Comercio, por no ser la contabilidad algo parcial, si todos sus elementos no están al día, la contabilidad es *inexistente.* Esta interpretación del Código de Comercio se opone al artículo 654 del estatuto tributario, en cuyos literales "a" y "f" se distingue en forma nítida entre la inexistencia y el atraso en materia contable.

2.- Después de afirmar que la contabilidad era inexistente, la sentencia la califica de atrasada. Creo que no es posible predicar ambos adjetivos respecto de una misma contabilidad.

3.- El artículo 654 del estatuto tributario distingue también entre los fenómenos de "atraso" en la contabilidad, y "negativa de exhibición". Y ni el artículo 37 de la ley 52 de 1977, o el 15 del decreto 3803 de 1982 confundían los fenómenos.

4.- Tal como se observa en la Resolución A-000388 del 20 de marzo de 1985, la administración supuso que el "atraso" contable es igual a la "inexistencia" de la contabilidad. Y luego sostuvo, de manera explícita, como "base legal" de su negativa frente al recurso del contribuyente, la identidad entre "inexistencia" de contabilidad y la "negativa a exhibir". Y con tal base, se abstuvo de decretar la práctica de nueva visita y de dar valor de plena prueba a la certificación del revisor fiscal que la empresa aportó al expediente para confirmar los pasivos sobre los que versaba la controversia.

5.- Los supuestos de hecho que utilizó la administración (inexistencia y negativa de exhibición) no se ajustaban, ciertamente, a la realidad, que era la de un atraso, sin duda censurable, pero cuyos efectos son objeto de regulaciones diferentes. Por lo tanto, tal como ha sostenido la Sala Plena del Consejo de Estado, en las sentencias que citó el actor sobre motivación de los actos administrativos, y en otras similares, debía anularse el acto objeto de la controversia.

6.- La administración interpretó el artículo 15 del decreto 3803 de 1982, porque los fenómenos de "atraso" contable, "inexistencia" de contabilidad, y "negativa de exhibición" son fenómenos típicos, que la ley vigente cuando nació la controversia no confundía, y que el estatuto tributario distingue hoy con nitidez. La confusión entre ellos impidió que se aceptara la prueba que aportó el contribuyente, y con la cual sus pretensiones habrían debido resultar exitosas.

Con todo acatamiento,

Hugo Palacios Mejía

Conjuez.

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento de voto del Consejero Dr. Armando Gutiérrez Velásquez expresa lo siguiente: con el mayor comedimiento me aparto del criterio mayoritario de la Sala, en cuanto decidió conocer del recurso extraordinario de súplica de la referencia. Habiéndose interpuesto el recurso cuando se encontraba vigente la Constitución Política de 1991, no había porqué ocuparse del análisis de su posible prosperidad, habida cuenta que es improcedente. La Sala, también por mayoría, tiene decidido que el aludido recurso desapareció por efecto de lo dispuesto en el artículo 230 de la Nueva Carta Política, en cuanto prescribe que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley". No habían razón, entonces, para entrar en concesiones, que demeritan el criterio adoptado por exhibir poca firmeza.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/PASIVO/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/Salvamento de Voto.

Basta leer las fechas de las sentencias citadas como fundamento del recurso de súplica, para concluir que todas son anteriores a 1961, año en el cual fue dictado el Decreto 1651 que se ha considerado el primer estatuto sobre pruebas tributarias, y que la ha considerado el primer estatuto sobre pruebas tributarias, y que la sentencia ahora suplicada se refiere al año de 1980, cuando además del mencionado Decreto 1651 de 1991, se habían producido las reformas tributarias de 1974 y 1977 que introdujeron modificaciones sustanciales al régimen de pruebas y concretamente a la presunción de veracidad de la declaración en materia de pasivos, que es el tema que ocupó el fallo recurrido. Además, en el presente caso no se trató de demostrar con la conta- bilidad de la contribuyente, un pasivo, como erróneamente se ha pensado y alegado, sino que, con medio probatorio idóneo y conducente —dictamen pericial—, se demostró la real existencia de dicho pasivo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

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

Ref.: Expediente No. S-222

Recurso extraordinario de súplica.

Actor: *Corporación de Ahorro y Vivienda Colpatria.*

Como salvamento de voto a la sentencia dictada por la Sala Plena, con fecha 17 de noviembre de 1992, por medio de la cual no se infirmó la sentencia recurrida proferida por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación, que había confirmado la expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda, comedidamente me

permito anexar al expediente el proyecto de sentencia que elaboré para la consideración de aquella y que no fue acogido por la mayoría de sus integrantes, teniendo para ello en cuenta especialmente la consideración que se recoge en la página 26 de la sentencia, relativa a que "Basta leer las fechas de la sentencias citadas —como fundamento del recurso de súplica, agrego— para sustentar este cargo para concluir que todas son *anteriores a 1961*, año en el cual fue dictado el Decreto 1651, que se ha considerado el primer estatuto sobre pruebas tributarias, y que la sentencia ahora suplicada se *refiere al año de 1980*, cuando además del mencionado Decreto 1651, que se ha considerado el primer estatuto sobre pruebas tributarias, y que la sentencia ahora suplicada se *refiere al año de 1980*, cuando además del mencionado Decreto 1651 de 1961, se habían producido las reformas tributarias de 1974 y 1977 que introdujeron modificaciones sustanciales al régimen de pruebas y *concretamente a la presunción de veracidad de la declaración en materia de pasivos*, que es el tema que ocupó el fallo recurrido.

".....", consideración que llevó a la mayoría de la Sala a rechazar el cargo que se encontró probado en la ponencia elaborada por el suscrito Consejero.

Adicionalmente, debo agregar en esta oportunidad, como lo hice en las sesiones en donde se discutió el proyecto de sentencia no acogido por la mayoría, que: a) la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias se ha mantenido en las diferentes reformas tributarias: ella no ha desaparecido; b) la comprobación especial de ciertos hechos en materia tributaria, tales, como por ejemplo, la discriminación de deducciones y exenciones a la renta líquida, de los pasivos patrimoniales y de las personas acreedoras del declarante, etc., también siempre ha existido, hasta fecha reciente en donde simplemente se hacen las denuncias globales por esos conceptos, con la obligación de mantener los documentos que comprueben la existencia real de deducciones, exenciones, pasivos, etc., para mostrarlos cuando la autoridad tributaria lo exija; c) que, antes y ahora, si no se comprobaba con los anexos que era obligatorio acompañar a la declaración tributaria —antes— o no se comprueba— o comprobaba antes —en una visita contable o con motivo de un requerimiento —ahora—, lógico es que la misma ley, ante esa circunstancia, desconoce a la declaración de renta y patrimonio, o a la del denominado IVA, la presunción de veracidad que la amparaba.

En ESO NO HA HABIDO CAMBIO ALGUNO, que le permitiera a la mayoría de la Sala llegar a la conclusión de que las sentencias invocadas por la recurrente no son cotejables con la recurrida, pues los problemas se trataron desde ángulos legislativos "que no son los mismos, sino que son fundamentalmente diferentes", como se concluye en las páginas 27 y 28.

Por lo demás, cabe observar que en el presente caso, no se trató de demostrar con la contabilidad de la contribuyente-accionante-recurrente un pasivo, como erróneamente se ha pensado y alegado, cosa que realmente no se podía hacer conforme a la legislación, sino que, por el contrario, con medio probatorio idóneo y conducente, como lo es un dictamen pericial debidamente fundamentado y que, por tanto, hace plena prueba en el proceso referido, se demostró la REAL EXISTENCIA DE DICHO PASIVO, aportando los peritos designados por el Tribunal

de primera instancia, las fotocopias autenticadas de los CDT constituidos por un sinnúmero de personas en la Corporación demandante y de los extractos de las cuentas de ahorro constituidas o abiertas por otro sinnúmero de personas, documentos de los cuales se deduce la existencia de un pasivo por suma superior a los quinientos millones de pesos, que coincide con la determinada por la Administración de Impuestos para, rechazándola, determinar la rente por el sistema de comparación de patrimonios.

Los peritos —debe dejarse muy claro— no se fundamentaron en libros de una contabilidad, que ya no servía de prueba, según la ley; se fundamentaron en esos documentos y para demostrar la realidad de los hechos, anexaron fotocopias autenticadas de ellos. Ante eso, cabe preguntarse: puede un Juez de esta República, o de cualquier otra, encontrando demostrada de manera fehaciente la realidad de un hecho, de un pasivo, cuyo rechazo por razón de tecnicismos procesales determinó un impuesto confiscatorio y que desconoce el postulado de que la ley no quiere que los ciudadanos y personas jurídicas en general contribuyan al funcionamiento del Estado con otras sumas de dinero diferentes a las que correspondan a sus rentas y patrimonio, colocarse una venda en sus ojos, para decir que esa comprobación procesal, autorizada por la misma ley, no sirve para impartir una justicia real, equitativa y distributiva que evite la imposición de una carga excepcional, por lo gravosa, no querida por el legislador?

Atentamente,

Miguel González Rodríguez

Fecha UT Supra.

PROYECTO DE SENTENCIA ANEXO

La CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA, por intermedio de apoderado especial constituido al efecto, interpuso recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 14 de junio de 1991 en cuanto por ella la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que había denegado las pretensiones de la demanda.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para confirmar la sentencia del *a-quo* que negó las pretensiones de la demanda, la Sección Cuarta se fundamentó en las siguientes consideraciones, en síntesis:

Para la Sala el asunto fundamental de la litis no es otro que el relacionado con el valor probatorio tanto de la declaración de renta cuya presunción de legalidad invoca la demanda, como de la certificación contable arrimada al proceso, para acreditar el pasivo rechazado por la Administración. No obstante, analizará uno a uno los cargos de violación de la demanda frente a la sentencia apelada, así:

PRIMER CARGO. *El requerimiento especial debe tenerse como inexistente por falta de fundamento de hecho y de derecho, y sin requerimiento la liquidación de revisión es nula.*

La Sala no acepta este primer cargo, por cuanto consideró que, si bien el requerimiento contiene explicaciones un tanto imprecisas, no existe la menor duda que en el mencionado requerimiento se hace referencia al hecho no sólo conocido, sino originado en la misma contribuyente, del atraso en los libros de contabilidad, comprobado por la Administración con motivo de visita practicada a la demandante, así, como también, a la comprobación de pasivos perfectamente individualizados, con la advertencia de que al no hacerse se procedería a la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios. Concluye, entonces, que no puede alegarse la inexistencia legal de requerimiento habiéndose producido y cumpliendo con los requisitos de ley.

De otro lado, llevar sus registros contables al día es obligación de los comerciantes, impuesta no sólo por las normas tributarias, sino por el mismo C. de Co., hecho no cumplido por la actora.

Tampoco puede alegarse violación del derecho de defensa, porque aun cuando fuera cierto que el funcionario comisionado para realizar la inspección contable no hubiera solicitado prueba de los pasivos declarados, éstas sí fueron pedidas con ocasión del requerimiento. Solicitar doblemente la prueba constituiría un contrasentido.

Finalmente, en cuanto hace a este primer cargo, la Sección dice que si en gracia de discusión se admitiera que no hubo traslado del acta de visita, este hecho resulta irrelevante para concretar el hecho irregular contable, porque éste no se origina en el acta de visita sino en la conducta omisiva del contribuyente.

SEGUNDO CARGO: *Violación de la presunción de veracidad de la declaración de renta*

El tenor literal de las normas contenidas en los artículos 38 y 120-11 de la Constitución de 1886, 30, 32, 33, 63 y 66 de la Ley 52 de 1977, le permiten a la Sala inferir que:

a) Para la tasación de los impuestos, podrá pedirse la presentación de los libros de contabilidad y de los papeles anexos (inciso 2o., art. 38 C.N. de 1886), porque no de otra forma podría exigírsele al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "cuidar de la exacta recaudación de los caudales públicos" (art. 120-11 *ibídem*).

b) Como desarrollo de esos procesos constitucionales, la ley 52 de 1977, otorga a la Administración amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el cumplimiento del objeto constitucional. Entre ellos la facultad de exigir al contribuyente o a terceros la presentación de los documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros de contabilidad.

Ninguna norma positiva autoriza a los contribuyentes a negarse o rehuir la exhibición de los documentos o pruebas exigidas por el Estado en ejercicio de su

poder de imposición. Por el contrario, conforme al art. 67 del C. de Co., si el comerciante no presenta los libros y documentos exigidos, se tendrán como probados en su contra los hechos que la contraparte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión.

c) Por tanto, no le es lícito al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de su denuncio tributario para negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa se traduce, como se dijo, en otra presunción contraria.

Tampoco de la presunción de veracidad de la declaratoria puede deducirse la obligación de la Administración de aceptar, sin juicio valorativo, las afirmaciones del contribuyente, sino que, como claramente se advierte en la sentencia 0654 del 8 de junio de 1990, la Administración está obligada a verificar la realidad o veracidad de los datos en ella consignados, con miras a una exacta y legal tasación del tributo.

d) En el caso *sub-judice* la Administración pretendió verificar la realidad de las operaciones del contribuyente, y para tal efecto ordenó la inspección contable, puesto que el cruce de información arrojaba diferencias sobre las consignadas en la declaración, encontrando que sobre dichos documentos privados no podía llevarse a cabo la verificación ordenada porque no estaban registradas las operaciones denunciadas ni aparecían los comprobantes o soportes contables. En tal evento, por presunción del art. 67 del C. de Co., el hecho se tenía como probado en contra del contribuyente, esto es, que el pasivo declarado no existía, y de ahí la necesidad para la sociedad de probar la realidad de los hechos denunciados en su declaración, tal como lo exigió la Administración al formularle el requerimiento.

Precisamente, al contestar el requerimiento podían debatirse y resolverse las divergencias entre la Administración y el contribuyente, y era el momento preciso para que éste pudiera controvertir el hecho de la irregularidad contable y presentar los documentos soportes de los asientos de contabilidad.

No prospera entonces el cargo formulado y por tal razón la Sala comparte la sentencia del a-quo, que en este punto habrá de confirmarse.

CARGOS TERCERO Y CUARTO. Violación de los artículos 9o. de la ley 145 de 1960 y 98 de la ley 09 de 1983 y 92 del decreto 1651 de 1961.

El recurrente increpa la sentencia del a-quo manifestando que el único argumento para la no aceptación de la prueba contable se basó en el atraso de los libros de contabilidad, como consta en el acta de inspección contable, documento llevado al expediente en forma irregular, al no haberse hecho conocer a la contribuyente con el fin de que fuera aceptado o controvertido. Reitera que los libros no estaban atrasados, pero aceptando el supuesto de que el libro Diario y Mayor hubiera estado atrasado, ningún aporte nuevo hubiera llevado a las cifras registradas en el libro de inventarios y balances ni a la utilización de los comprobantes de soporte, dado el sistema contable de la Corporación, tal como lo establecieron los peritos en la prueba decretada por el Tribunal, y, entonces, queda en pie la verdad del pasivo relacionado en la declaración con el respaldo del libro de Inventarios y Balances, libro del cual se tomó el balance general presentado a la Superintenden-

cia Bancaria y aceptado por esta entidad oficial, que también es la base de lo certificado por el revisor fiscal y de lo dicho en el dictamen pericial rendido ante el Tribunal.

Armonizando lo expuesto en el punto anterior —dice la Sección—, es necesario precisar, si en el caso *sub-lite*, era viable la prueba contable presentada para demostrar los pasivos que exigió la administración tributaria.

Cuando la Administración de Impuestos ordenó la inspección contable a la sociedad contribuyente, ya estaba vigente la norma de procedimiento contenida en el Decreto 2821 de 1974, art. 15, que estableció, para efectos fiscales, la consecuencia punitiva de la no presentación de la contabilidad y papeles de comercio, cuando la Administración lo exija, al señalar enfáticamente, que ya no podrá el contribuyente posteriormente invocarla como prueba. Interpretando estas normas, esta misma Sala en sentencia de 27 de noviembre de 1989, dijo que la no presentación de la contabilidad y los comprobantes de orden externo-facturas, etc., dentro del proceso de fiscalización, implica que el contribuyente no puede posteriormente invocarlos como prueba. Porque permitir que el contribuyente se niegue a presentar los documentos soportes y después los presente como prueba, determina que la facultad de investigación, pierda su sentido y se convierta en nugatoria.

Por esta razón resultan válidas las afirmaciones del *a-quo* y del colaborador fiscal en el sentido de no admitir la prueba consistente en la certificación del revisor fiscal, y del peritazgo, pues ellas necesariamente se refieren a unos libros de comercio y sus documentos soportes, que por no haber sido presentados oportunamente perdieron validez probatoria frente a la Administración de Impuestos.

De otra parte de acuerdo con el art. 30 de la Ley 52 de 1977, ejercida la facultad de fiscalización mediante el decreto de la inspección contable, es de entender que con la respuesta al requerimiento el contribuyente tiene la primera oportunidad de probar los hechos económicos que no pudo acreditar en dicha ocasión. No pudiendo, entonces, aportar la prueba contable, sí podía, bajo el régimen de libertad probatoria del Código de Procedimiento Civil, acreditar los pasivos con los documentos contentivos de la obligación (contratos de apertura de cuentas de ahorro y certificados de Depósito a Término expedidos), documentos que estaba obligada a conservar no sólo por el término de revisión oficiosa, conforme al art. 124, numeral 2o., del decreto 2053 de 1974, sino por el adicional mínimo de 10 años conforme lo exige el art. 60 del C. de Co. Podía asimismo, si los suscriptores eran comerciantes, probar con la contabilidad de aquéllos; con sus declaraciones de renta y con cualquiera otra prueba suficiente y eficaz para demostrar las deudas a cargo, pues es la propia ley tributaria la que enseña que la determinación de los tributos y la imposición de las sanciones deben fundarse en los hechos que aparecen demostrados en el respectivo expediente por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquéllos, y que, para poder ser apreciados, las pruebas deben solicitarse, practicarse y allegarse al proceso de manera regular y oportuna.

Cabe entonces, verificar si la sociedad contribuyente, fuera de la prueba contable no admitida, probó o no los pasivos.

Encuentra la Sala que la única prueba distinta que pretende hacer valer el apoderado de la actora es la existencia del balance que la sociedad presentó ante la Superintendencia encargada de su vigilancia y que, según su afirmación, fue aceptada por ella.

La Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia probatoria de dichos balances al expresar que ellos tienen por objeto que la Superintendencia ejerza la inspección y vigilancia, especialmente en cuanto al cumplimiento de la ley y su situación económica frente a los socios y terceros, pero en manera alguna prueba la existencia de deudas de la sociedad al final del ejercicio, ni contiene los requisitos exigidos por la ley fiscal para su aceptación, en especial la identificación de cada acreedor, puesto que su presentación es global (sentencia de septiembre 28 de 1990, exp. 2501).

De otra parte, observa la Sala que este balance se fundamenta en la contabilidad de la sociedad, pero como reitera, por no llevarse como lo ordena la ley, fue desconocida como prueba.

Por último, considera la Sala, que como no se ha demostrado el pasivo no es posible entra a determinar la renta gravable de la actora por el sistema ordinario, en razón de no haberse justificado el incremento patrimonial planteada por la Administración, razón además, por la cual la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE SUPLICA

El recurrente, después de expresar su criterio sobre la jurisprudencia que se debe invocar como supuestamente contrariada por la sentencia suplicada, criterio que coincide con el que ha sostenido quien redacta la presente ponencia, plantea el recurso extraordinario en los siguientes términos:

1o. Irregularidades de los actos acusados por falta de explicaciones o motivaciones y error en estas.

En primer término —dice el recurrente— la sentencia suplicada contradice las jurisprudencias sentadas en *sentencias de 12 de abril de 1962*, consejero ponente Dr. Guillermo González Charry, *14 de septiembre de 1961*, consejero Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez y de *25 de agosto de 1969*, ponente Dr. Andrés Holguín, en donde, entre otros temas, se tratan los referentes a la anulación de los actos administrativos por error en su motivación, denominados por la jurisprudencia "falsa motivación" o "falsedad ideológica" de los actos administrativos, y sobra "desviación de poder", causal genérica de anulación, que incluye la referida a las motivaciones.

Y, se desconoció la jurisprudencia contenida en dichas sentencias de la antigua Sala Contenciosa Administrativa y de la extinguida Sala de Negocios Generales,

porque, según dice el recurrente, la sentencia suplicada aceptó como válidos los actos administrativos a pesar de evidentes errores en sus motivaciones; en efecto, la Administración afirma que la contabilidad de la compañía era *inexistente* por la aparente circunstancia de que uno de sus libros estaba atrasado en cuanto a sus registros, y, si la contabilidad, según la ley, comprende tanto los libros principales como sus auxiliadores, y todos los documentos de orden interno y externo, que incluyen facturas, contratos, correspondencia relacionada con los negocios, recibos sobre movimientos de fondos, y métodos mecanizados o computarizados para procesar la información contable financiera, todo lo cual se refleja en balances sometidos a revisión por la Superintendencia Bancaria, bajo qué clase de consideraciones de hecho o jurídica se podía llegar a esa conclusión? Esta es, por lo tanto, una conclusión inexacta.

Por otra parte, la Administración afirma que la contabilidad *estaba atrasada*, y presupone, al parecer, que el supuesto atraso de la contabilidad —de toda la contabilidad, no sólo de uno de sus libros—, se dio en febrero de 1983, fecha de la inspección oficial, y también se dio en marzo del mismo año, fecha de expedición del requerimiento, y también continuaba en agosto de 1983, fecha de expedición de la liquidación, y finalmente persistió en marzo de 1985, fecha del fallo del recurso de reconsideración.

Ningún elemento probatorio permite llegar a las conclusiones expresadas en los actos, y por lo mismo sus motivaciones no son fiel reflejo de los hechos.

Por último, la resolución que decidió el recurso gubernativo afirma que "el contribuyente se negó a exhibir su contabilidad", lo cual adquiere tal trascendencia, que el mismo Consejo de Estado hace suya esta apreciación, para concluir, como así lo había hecho la Administración, que el contribuyente debe ser "penalizado" por no exhibir su contabilidad, y que tal pena debe consistir en no aceptar ninguno de los medios probatorios que éste adujo en la vía gubernativa y ante la jurisdicción. Inclusive, el Consejo de Estado propone como solución una forma de probar imposible, puesto que considera que el contribuyente debió aportar las declaraciones tributarias de sus acreedores —hubieran estado obligados a declarar o no—, o la contabilidad de los mencionados acreedores, que según el expediente pueden corresponder a un número entre 600 y 700 personas.

No hay evidencia de ninguna índole que hubiere permitido concluir a la Administración tributaria, que el contribuyente NO EXHIBIO SU CONTABILIDAD. Todo lo contrario se deduce de la inspección ocular a los libros. No hay evidencia de que el contribuyente se haya negado a presentar los documentos soporte de sus pasivos, pues, por el contrario, se solicitó, al responder el requerimiento, que la Administración efectuara nuevas inspecciones a toda su contabilidad, y sin razón legal para ello la Administración le negó tal derecho, razón por la cual se presentó ante el Tribunal, con ocasión de la demanda, un importante número de documentos contables, y obtuvo dictamen pericial que acreditaba, más allá de toda duda, que sí llevaba contabilidad y que ésta estaba compuesta por libros principales, auxiliares, comprobantes de contabilidad y documentos externos que soportaban sus operaciones.

Las consideraciones expuestas indican, sin lugar a dudas, que la Administración incurrió en una desviación de poderes, y se extralimitó en el ejercicio de sus deberes legales, pues usó su voluntad administrativa para afirmar hechos inexistentes, falsos, que condujeron a perjuicios graves como el que afronta mi representada.

En segundo término, observa el recurrente, que el Consejo de Estado en *sentencia de 9 de marzo de 1971*, Sala Plena de lo Contencioso, consejero Lucrecio Jaramillo Vélez, se refirió a los elementos esenciales de los cuales depende la validez y eficacia del acto administrativo, entre ellos los relativos a *contenido* y *motivos*, y que la contradicción entre esta jurisprudencia y la expuesta en la sentencia suplicada es clara, toda vez que mientras para la Sala Plena, las circunstancias de hecho o de derecho que llevan a dictar los actos administrativos conforman su contenido y constituyen el motivo de tales actos, y éstos son dos de los elementos esenciales para la validez de los mismos, para la Sección la deficiencia en el contenido y la falta real de motivos, no puede predicarse para la inexistencia y validez del acto, y tal conclusión no varía si las explicaciones del mismo "...son o no detalladas, extensas o precisas".

La sentencia recurrida también contraría la referida jurisprudencia, puesto que al afirmarse la validez del acto a pesar de que "el requerimiento contiene *explicaciones un tanto imprecisas*", está aceptando que el contenido del mismo puede no ser determinado, como sí lo exige la Sala Plena.

En tercer lugar, la sentencia suplicada también contradice la jurisprudencia contenida en la *sentencia* de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha *julio 17 de 1959*, ponente Dr. Pedro Gómez Valderrama, sobre ilegalidad de un acto de liquidación tributaria por incumplimiento de las formalidades procedimentales señaladas en la ley, que le garantizan el derecho de defensa, especialmente el que atañe a la solicitud de explicaciones del caso, o sea el requerimiento, por cuanto admite como válido un requerimiento especial impreciso y deficiente, sin explicación de hechos y valoración de pruebas, y que no trasladó al acta de inspección contable a mi representada, elemento probatorio de vital importancia, pues, en últimas, fue considerada como prueba "de la no exhibición de la contabilidad", y este hecho, a su vez, se penalizó con la no aceptación de las pruebas presentadas. "Sin duda que la falta de contenido del acto fue violatorio del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional como lo expresa la jurisprudencia de la Sala Plena".

En cuarto lugar, se contraría la jurisprudencia contenida en la *sentencia de agosto 11 de 1990* de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, ponente Dra. Consuelo Sarria O., puesto que, en ésta se afirma que en el requerimiento especial se deben *sustentar* los motivos que inducen a las variaciones propuestas, ya que el requerimiento especial es un acto administrativo en el que la voluntad de la Administración debe ser concreta al explicar las razones que mueven a las modificaciones propuestas para que produzcan efectos en derecho, y en la sentencia recurrida se afirma que "...el requerimiento *da a entender* que la modificación propuesta "...en caso de que se rechazaran los pasivos se debía a que no había prueba de

ellos, es decir, que no hay necesidad de especificar el motivo de las modificaciones propuestas."

Por otro lado, y en relación con el principio de contradicción de la prueba, en la sentencia recurrida se afirmó que el hecho de que no se haya dado traslado del acta contable "...es completamente irrelevante...", en detrimento del derecho de defensa del contribuyente.

También, en relación con el traslado de la prueba que se debe hacer a los interesados en un determinado proceso, el Consejo de Estado se pronunció en *sentencia de 7 de noviembre de 1960*, Sala Contencioso (sic), ponente Dr. Guillermo González Charry, y la afirmación consagrada en la sentencia recurrida en relación con el hecho de que era irrelevante, que de la inspección contable no se hubiera dado traslado a la contribuyente, es contraria a ella, puesto que el principio de contradicción de la prueba es uno "de los principios fundamentales en materia de pruebas", para que las que se aduzcan en el juicio sirvan al juez o al funcionario que decide, de instrumentos idóneos de información.

2o. Irregularidad de los actos acusados por violacion de las normas a las cuales estaban sujetos

En *relación con el requerimiento y la liquidación oficial de revisión*, en la sentencia suplicada, como se dijo, el Consejo de Estado consideró que el requerimiento especial había cumplido las exigencias legales, a pesar de que desde el punto de vista de su contenido no aportó explicaciones fundadas ni pruebas de los hechos con base en los cuales pretendía desvirtuar las cifras declaradas por el contribuyente, y con ello se contrarío la jurisprudencia contenida en la ya precitada *sentencia de agosto 11 de 1989 de la Sección Cuarta*, ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, y en la de *abril 3 de 1987 de la misma Sección Cuarta*, ponente Dr. Jaime Abella Zárate, sobre que el requerimiento "debe tener las características propias de una verdadera liquidación en lo que atañe a la singularización de las variaciones propuestas y a la sustentación de los motivos que inducen a éstas", que "debe contener todos los puntos que se propone modificar la Administración, con explicación de todas las razones en que se sustentan".

En relación con la fuerza probatoria de la declaración, en la sentencia suplicada se dijo que de la presunción de veracidad no puede inferirse la obligación de la Administración de aceptar, sin juicio valorativo, las afirmaciones del contribuyente, y de otra parte, que no le es lícito al contribuyente escudarse en la presunción dicha para negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa se traduce en otra presunción contraria, cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretenden demostrar con la inspección a la contabilidad; advirtiendo, una vez más, que en ningún momento la contribuyente se negó a exhibir su contabilidad, esa concepción jurisprudencia es contraria a la expuesta en las siguientes sentencias: *noviembre 22 de 1939*, exponente Elías Abad M., *noviembre 18 de 1940*, ponente Ramón Mirando, *octubre 7 de 1941*, ponente Tulio E. Tascón, *mayo 23 de 1960* ponente Alejandro Domínguez M., *diciembre 9 de 1986, Sección Cuarta*, ponente Jaime Abella Zárate, *marzo 13 de 1989, Sección Cuarta*, ponente

Jaime Abella Zárate, *abril 19 de 1991, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., *junio 9 de 1989, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., y *abril 5 de 1991 Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., *diciembre 7 de 1989, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., y *junio 9 de 1989, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., por cuanto en la sentencia recurrida: a) se supedita la eficacia probatoria de la presunción de veracidad de la declaración al arbitrio de la Administración que, en ejercicio de sus facultades, puede por meros cruces de información con terceros, cuestionar sin que medie comprobación plena en contrario, el contenido del denunció rentístico; b) se releva a la Administración de la carga probatoria que le corresponde y que es la consecuencia obligada de sus amplísimas facultades de fiscalización y control; y c) se desconoce la naturaleza y efectos propios del principio procesal de la carga de la prueba, para sostenerlo y relativizarlo bajo el imperio infinito de la Administración.

En relación con las prueba (sic) contables, en la sentencia suplicada se expresa que el atraso de uno de los varios libros contables constituye no sólo atraso en toda la contabilidad, sino que además tipifica figuras tales como "rehuir la exhibición de los documentos o pruebas", o "negarse a exhibir la contabilidad", y además que la consecuencia punitiva del atraso que se torna en no exhibición de los libros de contabilidad, es que el contribuyente ya no podrá invocar la contabilidad posteriormente como prueba; asimismo, según la sentencia recurrida, la petición de inspecciones oculares, la certificación del revisor fiscal y las pruebas periciales, así como el balance presentado a la Superintendencia de Sociedades, que se basan en la contabilidad, pierden su validez probatoria frente a la Administración de Impuestos. Finalmente, para todo lo anterior, se basa en un acta de inspección de libros que no fue objeto de debate probatorio (publicidad y contradicción).

Con esa concepción jurisprudencial, se contraría lo que la corporación ha dicho en las siguientes sentencias: *febrero 7 de 1935*, ponente Isaías Cepeda, *noviembre 7 de 1960*, ponente Guillermo González Charry, *abril 5 de 1991, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., *junio 6 de 1989, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., *abril 26 de 1991, Sección Cuarta*, ponente Guillermo Chahín L., *abril 3 de 1987, Sección Cuarta*, ponente Jaime Abella Zárate, *marzo 8 de 1991, Sección Cuarta*, ponente Consuelo Sarria O., y *abril 9 de 1991*, ponente Guillermo Chahín L., porque se soporta en el hecho de que por atraso en uno de los libros de contabilidad mi representada tiene proscrita toda posibilidad de allegar posteriormente cualquier prueba que tenga relación directa o indirecta con la contabilidad; desconoce el principio de la contabilidad como un todo integral al afirmar que ella está viciada de ineficacia probatoria por el atrazo en el registro de uno de los libros de contabilidad, desestimando el valor de los restantes libros oficiales y de los comprobantes internos y externos, entre ellos algunos que como los títulos-valores tienen una virtualidad probatoria autónoma, como quiera que provienen de terceros; restringe indebidamente la actividad probatoria de mi representada, condenándola a acreditar la realidad de los pasivos declarados con documentos de terceros cuya existencia o conformidad con los hechos, como en el caso de las declaraciones de renta, no puede garantizar por no tener ninguna injerencia sobre los mismos; le asigna a una irregularidad contable una consecuencia jurídica no prevista en la ley, escuchándose en ella para justificar la inactividad probatoria de

la Administración Tributaria; y, porque, finalmente, le asigna al período fijado en la ley para estimar atrasados los libros de contabilidad un alcance exegético, desconociendo flagrantemente la naturaleza de las actividades propias de la contribuyente que se refleja en sus sistemas de contabilización.

3o. Determinación de la renta por el sistema especial de comparacion patrimonial

Al expresarse en la sentencia suplicada, que como no se demostró el pasivo con las declaraciones de renta o la contabilidad de los acreedores, era posible determinar la renta gravable por el sistema especial, en razón de no haberse justificado el incremento patrimonial planteado por la Administración, se contrarió lo dicho por la Corporación en las siguientes sentencias: *julio 17 de 1959*, ponente Pedro Gómez Valderrama, *febrero 16 de 1962*, ponente Ricardo Bonilla G., *abril 11 de 1970, Sección Cuarta*, y *abril 14 de 1989 Sección Cuarta*, ponente Jaime Abella Zárate, porque le asigna al sistema excepcional de determinación de la renta por comparación patrimonial un alcance inusitado en contra de la filosofía que orientó su creación; le adjudica idéntico valor a una deuda cuestionada por deficiencias de orden formal que a una deuda irreal o inexistente, para efectos de deducir de la misma la percepción de una renta imaginaria; y, porque provoca artificialmente una diferencia patrimonial inexistente, a través del rechazo de unos pasivos reales y comprobados satisfactoriamente, y de ella colige la capitalización de unas rentas igualmente ficticias.

4o. La obligación de establecer la verdad real y su prevalencia sobre la verdad formal

Un examen desprevenido de todas las piezas procesales, demuestran que la contribuyente, con base en las disposiciones de índole procesal que garantizaba su actuación, usó todas las argumentaciones jurídicas y todos los medios probatorios a su alcance, para comprobar la verdad real de los hechos. No obstante la sentencia recurrida expresa en varios de sus apartes una doctrina clara: que prevalecen los formalismos, los errores de poca significación, las simples afirmaciones no fundadas contenidas en los actos administrativos, las ritualidades, y en general los aspectos formales, sobre todas aquellas piezas procesales que evidencian con claridad meridiana la verdadera realidad de los hechos.

Por ello, considera la recurrente que se contrarió la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias: *julio 16 de 1959*, ponente Carlos Gustavo Arrieta A., *abril 14 de 1989, Sección Cuarta*, ponente Jaime Abella Zárate, *marzo 2 de 1990, Sección cuarta*, ponente Jaime Abella Zárate, sobre búsqueda de la verdad real y prevalencia de ella sobre la verdad formal.

Anexa el recurrente, fotocopia sin autenticar de todas las sentencias que invoca como supuestamente quebrantadas.

III. LA DECISION

Para decidir el recurso extraordinario, ***se considera***:

1o. Conviene, antes que todo, precisar la cuestión fáctica para comprender lo que aconteció en relación con el aspecto probatorio, que fue lo que tuvo en cuenta tanto el a-quo como el ad-quem para confirmar la desestimación de los pasivos por valor de $505.836.568.oo por parte de las oficinas de impuestos nacionales y proceder a determinar la renta liquida de la contribuyente, ahora suplicante, por el sistema especial de comparación patrimonial.

En el mes de abril de 1981, la actora-recurrente presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1980, y dentro del término legal para ello, la Administración de Impuestos, en ejercicio de sus facultades legales, profirió el auto de 11 de febrero de 1983, distinguido con el No. 0071, por el cual se comisionó a uno de sus funcionarios para que practicara inspección contable en las dependencias de la sociedad-contribuyente con el fin de "verificar en los libros de contabilidad, comprobantes y demás anexos, lo relacionado con la contabilización e inclusión en la declaración de renta y patrimonio del año gravable en referencia, teniendo en cuenta los cruces de información que a continuación se relacionan..."

Como la verificación no pudo llevarse a cabo por el funcionario comisionado para ello, porque practicada la visita se encontró que "el Libro Diario y Mayor registra movimiento de enero 2 de 1980 a febrero 29 de 1980", es decir, que la contabilidad no se encontró al día, no obstante que ya se estaba en el mes de febrero —día 15— de 1983, la Administración de Impuestos Nacionales produjo el requerimiento especial No. 564 de 29 de marzo de 1983, en el que se le advirtió a la contribuyente que "en caso de no comprobar los pasivos por valor de $505.836.568, (según relación discriminada) la renta líquida se determinará por el sistema especial de comparación patrimonial (art. 74 Dcto. 2053/74 y art. 116 Dcto. 187/75) así: ...".

La sociedad recurrente, en respuesta al requerimiento, acompañó un certificado expedido por el Revisor Fiscal de ella, sobre la existencia de los pasivos, que fue rechazado por la Administración de Impuestos porque, según ella, carecía de firma y no se acreditó la calidad de contador de quien la suscribía.

Por esas razones, y, porque, además, adujo que si la contabilidad de la sociedad, según da cuenta el acta de visita contable, no estaba actualizada, mal podía un revisor fiscal certificar sobre algo inexistente, y que la interesada no adjuntó pruebas contables, ni documentos de fecha cierta, que determinaran plenamente la existencia de los pasivos a diciembre 31 de 1980, la Administración de Impuestos practicó la liquidación de revisión que dio origen a la contención administrativa, determinando la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Contra el acto de liquidación, la recurrente interpuso el recurso de reconsideración, manifestando que la exigencia de pruebas y argumento para el rechazo de la certificación y la determinación de la renta por el sistema especial indicado, resultaba equivocada y contraría la presunción de veracidad que establece el art.

72 del D. L. 651 de 1961. Y, con el ánimo de probar los pasivos, aportó nueva certificación del revisor fiscal, en donde informa el NIT, nombre de los acreedores y el valor de las deudas, con el número de la cuenta de ahorro o del CDT que las respaldan.

La Administración de Impuestos decidió el recurso precitado, rechazando los argumentos relativos a la presunción de veracidad de las declaraciones de renta que es legal, según aquélla, y que por lo mismo desaparece cuando las oficinas tributarias resuelven hacer uso de sus facultades de fiscalización e investigación, e igualmente, rechazando la solicitud de nueva visita contable a los libros de la empresa, por considerarla a todas luces inconducente, ya que, conforme a la ley, "La negativa del contribuyente a exhibir sus libros, comprobantes o documentos de contabilidad, se tendrá como indicio en su contra *y no podrá invocarlos posteriormente como prueba en su favor*" (se subraya). En otras palabras, la Administración de Impuestos le dio al hecho del atraso en los libros de contabilidad, el carácter de "negativa" del contribuyente a exhibirlos.

Finalmente, la recurrente, en el proceso contencioso-administrativo en su primera instancia ante el Tribunal, aportó nuevamente la relación certificada del Revisor Fiscal de ella sobre la realidad de todos los pasivos discutidos, respaldada con los documentos respectivos, tales como cuentas de ahorro, depósitos y retiros en ellas, y extracto de las mismas al 31 de diciembre de 1980, y Certificados de Ahorro de Valor Constante; allegó también para ser considerada como prueba el Balance General y el Estado de Pérdida y Ganancias de la sociedad a 31 de diciembre de 1980, presentado ante la Superintendencia Bancaria, y la nota aprobatoria por parte de dicho órgano de control; y, por último hizo practicar prueba pericial para establecer la realidad de cada uno de los pasivos desestimados por la Administración de Impuestos y los soportes necesarios respectivos.

Ni el *a-quo* ni el *ad-quem* aceptaron como pruebas para decidir la contención, el certificado del revisor fiscal, respaldado con los documentos a que antes se hizo referencia, ni el dictamen pericial producido en la primera instancia, por referirse necesariamente certificación y dictamen a unos libros de comercio y sus documentos soportes, "que por no haber sido presentados oportunamente perdieron validez frente a la Administración de Impuestos".

2o. Conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, de la cual se ha separado el Consejero que elaboró la ponencia, sólo habrá de tenerse en cuenta para efectos del recurso extraordinario de súplica, la jurisprudencia contenida en providencias de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, de la extinguida Sala de Negocios Generales y de la actual Sala Plena de lo contencioso Administrativo, que han sido indicadas por el recurrente.

3o. La "falsa motivación" o "falsedad ideológica" de los actos administrativos acusados, y la "desviación de poder" en que se incurrió al expedirlos

Como se ha visto, el recurrente considera que en la sentencia de la Sección Cuarta se desconoce o contraría la jurisprudencia de la Corporación contenida en las sentencias de 14 de septiembre de 1961, ponente Ricardo Bonilla Gutiérrez, de

la antigua Sala contenciosa, de abril 12 de 1962, ponente Guillermo González Charry, de la extinguida Sala de Negocios Generales, y de 25 de agosto de 1969 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuyas fotocopias anexa a su escrito, en las cuales se "Determinan las características de la falsa motivación y de la desviación de poder", se "Desarrolla el tema de la falsedad ideológica de los actos administrativos", y se "Sientan precedentes sobre las consideraciones y motivos de los actos administrativos", porque aceptó como válidos los actos administrativos a pesar de evidentes errores en sus motivaciones.

En efecto, la Administración afirmó que la contabilidad de la compañía *era inexistente*, por la aparente circunstancia de que uno de sus libros estaba atrasado en cuanto a sus registros, y, si la contabilidad, según la ley, comprende tanto los libros principales como sus auxiliares, y todos los documentos de orden interno y externo —facturas, contratos, recibos de fondos, etc—, todo lo cual se refleja en los balances que se presentaron a la Superintendencia Bancaria, bajo qué clase de consideraciones de hecho o jurídicas se podía llegar a esa conclusión? Esta es por lo tanto, una conclusión inexacta.

Además, la Administración afirma que la contabilidad *estaba atrasada*, y presupone, al parecer, que el supuesto atraso de la contabilidad, se dio en febrero de 1983, fecha de la inspección oficial, en marzo del mismo año, fecha de expedición del requerimiento, y continuaba en agosto de 1983, fecha de la liquidación de revisión, así como en marzo de 1985, fecha de la decisión del recurso gubernativo.

Ningún elemento probatorio permite llegar a las conclusiones expresadas en los actos, y por lo mismo sus motivaciones no son fiel reflejo de los hechos.

Por último, no existe ninguna evidencia de que la sociedad contribuyente se hubiese negado a "exhibir su contabilidad", como lo sostiene la Administración y lo comparte el Consejo de Estado. Todo lo contrario, la sociedad siempre estuvo dispuesta a que se inspeccionara toda su contabilidad y así lo solicitó, además.

Por esas consideraciones, se debe concluir que la Administración incurrió en una desviación de poder, y se extralimitó en el ejercicio de sus deberes legales.

El cargo así planteado no está llamado a prosperar, por cuanto, de un lado, es más un alegato propio de instancia dirigido fundamentalmente a demostrar, con motivo del recurso extraordinario, la falsa motivación del acto o actos acusados y la desviación de poder en que supuestamente incurrió la Administración al expedirlo con esas motivaciones, y porque, de otro lado, en la demanda con que se inició la acción contenciosa no se plantearon esas causales de nulidad o de anulación del acto, razón por la cual tampoco, en la sentencia de la Sección, la Corporación hizo el pronunciamiento sobre ese particular. Simple y llanamente, de manera equivocada o acertada que ahora no compete a la Sala Plena calificar, se aceptó el planteamiento de la Administración en ese sentido.

No es, pues, el ejercicio del recurso extraordinario de súplica la oportunidad procesal para formular acusaciones de nulidad contra los actos administrativos, que no se plantearon en la demanda y que, por lo mismo, no se decidieron en la sentencia objeto del medio de impugnación.

4o. *Los elementos esenciales del acto administrativo que condicionan su validez: el contenido ajustado a la ley y los motivos o circunstancias de hecho o de derecho que llevan a dictarlos.*

También, como se ha visto, el recurrente considera que en la sentencia suplicada se desconoce la jurisprudencia de la Corporación contenida en la sentencia de 9 de marzo de 1971, ponente Lucrecio Jaramillo Vélez, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en donde la Corporación se refirió a los elementos esenciales de los cuales depende la validez del acto administrativo, entre ellos los relativos a *contenido* y *motivos*, toda vez que, mientras para la Sala Plena, las circunstancias de hecho o de derecho que llevan a dictar los actos administrativos conforman su contenido y constituye el motivo de tales actos, para la Sección la deficiencia en el contenido y la falta real de motivos, no puede predicarse para la inexistencia o validez del acto, y tal conclusión no varía si las explicaciones del mismo "...son o no detalladas, extensas o precisas".

El cargo no está llamado a prosperar, por cuanto para la Sala no existe duda alguna que la Sección, al rechazar el primer cargo formulado en la demanda conque se inició el proceso, relativo a que el requerimiento especial debía tenerse como inexistente por falta de fundamentos de hecho y de derecho —solicitud precisa de explicaciones a la contribuyente—, no fue contra esa concepción jurisprudencial reiterada de la Corporación que acoge los planteamientos de la generalidad de la doctrina nacional y foránea, sino que simplemente consideró que "si bien el requerimiento contiene explicaciones un tanto imprecisas, para la Sala no existe la menor duda que en él se hace referencia al hecho no sólo conocido, sino originado en la misma contribuyente, cual fue el atraso en los libros de contabilidad conocido por la Administración el 11 de febrero de 1983..." comunicado a la sociedad, requerimiento que también da cuenta "de la exigencia de la comprobación de los pasivos perfectamente individualizados"... y, "Entonces, no puede alegarse la inexistencia legal del requerimiento si éste se produjo y cumple los requisitos de ley". Y, si ello constituye, en concepto del recurrente como parece, un error in judicando, es claro que el recurso extraordinario de súplica no es el apto para corregirlo, a menos que se invoque jurisprudencia que particularmente haya tratado un caso similar, lo que, en cuanto hace a este cargo, no aparece de la sentencia invocada.

5o. *La ilegalidad de un acto de liquidación tributaria por incumplimiento de las formalidades procedimentales señaladas en la ley, que le garantizan el derecho de defensa, especialmente el que atañe a la solicitud de explicaciones del caso, o sea el requerimiento,*

Como se expresó en la sentencia de julio 17 de 1959, ponente Pedro Gómez Valderrama, de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, por cuanto la Sección en su pronunciamiento admite como válido un requerimiento especial, impreciso y deficiente, sin explicación de hechos y valoración de pruebas, y que no trasladó el acta de inspección contable a la contribuyente, elemento probatorio de vital importancia, pues, en últimas, fue considerada como prueba "de la no exhibición de la contabilidad", y este hecho, a su vez, se penalizó con la no acep-

tación de las pruebas presentadas, violándose así el art. 26 de la Constitución de 1886.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, porque lo que dijo la Corporación en la sentencia en donde se encuentra la jurisprudencia invocada como contrariada, fue que evidentemente hubo quebrantamiento de la libertad fiscal —y con ello del artículo 26 de la Constitución entonces vigente— al desconocer las normas del procedimiento especial señalado por la ley para efectuar la liquidación por comparación de patrimonios, ya que no se dio cumplimiento al precepto que establece que antes de ello, "las oficinas respectivas `solicitarán previamente del contribuyente la explicación del caso, fijándole para ello un término razonable", es decir, que no precedió al acto administrativo de liquidación del tributo el requerimiento de ley, desarrollo del precitado canon constitucional, mientras que en la sentencia recurrida la Sección, partiendo del hecho de que hubo requerimiento, como aparece demostrado en el proceso, llegó a la conclusión de que ese requerimiento sí cumplió con los requisitos de ley, no obstante que "contiene explicaciones un tanto imprecisas", lo cual, en principio, no es controvertible a través del recurso extraordinario que se decide.

6o. *La sustentación de los motivos que inducen a las variaciones propuestas, en el requerimiento especial,*

Que, por no existir en el caso *sub lite*, llevan a contrariar la jurisprudencia contenida en la sentencia de agosto 11 de 1990, ponente Consuelo Sarria Olcos, proferida por la misma Sección Cuarta de la Sala Contenciosa, en donde se expresó que "El requerimiento especial, no es procedimiento formulado de aviso de propósitos genéricos o indeterminados de la Administración, sino la manifestación expresa y concreta de la voluntad de ésta, que se traduce en un acto administrativo formal y materialmente apto `per se' para producir efectos de derecho, por la exacta individualización de sus estipulaciones o disposiciones y de las razones que mueven a las mismas, entre otras características".

"Debemos comportar así, el requerimiento, para conservar los distintivos y finalidades de su creación, los caracteres propios de una verdadera liquidación, sólo que virtual y contingente, especialmente en lo que atañe a la singularización de los factores en materia de las variaciones propuestas y la sustentación de los motivos que inducen a éstas, al punto que aspectos que por su índole, denominación o cuantía, difieren perceptiblemente de los preavisados, no pueden incluirse en la liquidación que se practique, por mandato del artículo 46 de la Ley 52 de 1977.

"Como tal, dicho acto debe estar avalado, asimismo, por medios hábiles de comprobación, respecto de los cuales se cumplan rigurosamente los principios de publicidad, contradicción e imparcialidad, pues de lo que se trata es de desvirtuar la presunción de autenticidad de la declaración tributaria, sea porque se pretenda que ésta no satisface las exigencias de forma y documentación o prueba, o porque los hechos presumidos se digan físicamente inexistentes, incompletos o desfigurados".

"...En el caso a conocimiento de la Sala, se percibe, a simple vista, que el requerimiento especial no observó el requisito de la especificidad...".

No puede la Sala entrar en el análisis de este cargo, en razón de lo dicho anteriormente, sobre la jurisprudencia contrariada que sirve de fundamento al recurso extraordinario de súplica, que debe ser la proveniente de esta Sala Plena, de la antigua Sala de lo contencioso Administrativo o de la extinguida Sala de Negocios Generales.

7o. *La necesidad del traslado a la actora, para cumplir con los requisitos de publicidad y contradicción que informan el derecho probatorio, del acta y resultados de la inspección contable*,

Que para la sentencia recurrida es un hecho irrelevante, con lo cual se contraría la jurisprudencia de la Corporación contenida en sentencia de 7 de noviembre de 1960 de la extinguida Sala de Negocios Generales, ponente Guillermo González Charry, en donde se expresa que nuestro derecho procesal consagra dos principios fundamentales en materia de pruebas, para que las que se aduzcan en el juicio sirvan al juez de instrumentos idóneos de información: la publicidad y la contradicción; ... la segunda consiste esencialmente en que la persona o personas contra quienes se ha aducido o pedido una prueba en juicio, tengan amplia y clara oportunidad legal de distinguirla, de controvertirla, o de contraponer respecto de los hechos a que ella se refiere..."

Para la Sala este cargo tampoco está llamado a prosperar, si se tiene en cuenta, de una parte, que en la sentencia suplicada no se está diciendo expresamente que la prueba, como la visita contable, no está regida por el principio de contradicción, y por cuanto, de otro lado, la afirmación que se hace en ella, sobre que el hecho del no traslado del acta de visita "resulta irrelevante" para concretar el hecho irregular contable —imputado a la contribuyente, anota la Sala—, porque éste no se origina en el acta de visita sino en la conducta omisiva de la misma contribuyente de obedecer la ley al respecto y tampoco la ley sanciona con nulidad la omisión del traslado del acta de visita, aun cuando se considerare inaceptable, no contraría la jurisprudencia contenida en la sentencia invocada, ya que la Sección al expresar ello, lo que hizo fue referirse al cargo de inexistencia del requerimiento especial por falta de fundamentos de hecho y de derecho, que rechaza con el argumento adicional —el principal se refiere a que no obstante la imprecisión del susodicho requerimiento éste sí se produjo— de que "es obligación de los comerciantes... llevar sus registros contables al día...". Además, en la sentencia que se invoca como contentiva de jurisprudencia supuestamente contrariada, tampoco se expresa concepción diferente a la que se hace en la sentencia suplicada sobre que "tampoco la ley sanciona con nulidad la omisión del traslado del acta de visita", que igualmente sirvió de argumento adicional para rechazar el cargo de inexistencia de requerimiento.

8o. *El requerimiento especial cumplió con las exigencias legales, a pesar de que desde el punto de vista de su contenido no aportó explicaciones fundadas ni pruebas de los hechos con base en los cuales pretendía desvirtuarse las cifras declaradas por la contribuyente*,

Por lo cual se contrarió la jurisprudencia contenida en la ya precitada sentencia de agosto 11 de 1989 de la Sección Cuarta, ponente Consuelo Sarria Olcos, y en la de abril 3 de 1987 de la misma Sección, ponente Dr. Jaime Abella Z.

Como se ha dicho, por no provenir las sentencias en donde se encuentra la jurisprudencia supuestamente contrariada por el fallo de la Sección, de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la extinguida Sala de Negocios Generales o de la antigua Sala de lo Contencioso de esta Corporación, no es posible, según la tradicional jurisprudencia del Consejo de Estado, entrar a considerar el cargo.

9o. *La fuerza probatoria de la declaración*

Como se vio atrás, el recurrente al plantear este cargo expresa que en la sentencia suplicada se dijo que la presunción de veracidad no puede inferirse la obligación de la Administración de aceptar, sin juicio valorativo, las afirmaciones del contribuyente, y de otra parte, que no le es lícito al mismo escudarse en la presunción dicha para "negarse a exhibir su contabilidad, porque tal negativa se traduce en otra presunción contraria cual es la de tener probados en su contra los hechos que se pretenden demostrar con la inspección a la contabilidad"; y, agrega el recurrente, que advirtiendo, una vez más, que en ningún momento la contribuyente se negó a exhibir su contabilidad, pues, por el contrario, siempre estuvo dispuesto a hacerlo, inclusive solicitando la práctica de la prueba correspondiente, se contrarió con esa concepción jurisprudencial lo dicho por la Corporación en las sentencias que precisa, unas de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, otras de la Sección Cuarta de la actual Sala Contenciosa.

En las sentencias de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, invocadas por la recurrente, que es a las cuales la Sala debe contraer su examen, pues, como se ha dicho, no sirven para fundamentar este recurso extraordinario las sentencias de las actuales Secciones de la Sala Contenciosa, se dijo:

> a) "Refiriéndose los puntos 2o. y 3o. al valor de la declaración que hace el contribuyente y *a la clase de pruebas que aduce el Administrador de Hacienda para desestimarla*, el Consejo quiere aprovechar la ocasión para fijar en forma nítida su criterio sobre el particular, a efecto de señalar, hasta donde sea posible, una norma para lo sucesivo.
>
> "La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 3 de noviembre de 1937, dijo: ...
>
> "Y en la sentencia del 30 de marzo de 1938 volvió a decir con toda claridad:
>
> `La renta gravable no puede ser determinada sino sobre la base de la declaración y sobre la "de toda otra información que pueda obtener (el Administrador de Hacienda) y que haya sido plenamente comprobada", según lo reza el artículo 12 de la Ley 81 de 1981, incorporada a la ley 78 de 1935. Plenamente comprobada no puede resultar *una información por la mera afirmación hecha por el Administrador: esto está reñido abiertamente con el régimen probatorio*. El denuncio o declaración del contribu-

yente lleva en sí una presunción de verdad que debe ser destruida *por prueba fehaciente*, de la cual habrá de aparecer el dolo del denunciante y hasta la consiguiente sanción por el perjurio. De otro lado, de la simple suposición del funcionario, se deduciría siempre ese dolo y habría en todo caso lugar para establecer la sanción consistente en la duplicación del impuesto'.

"De las doctrinas anteriores se desprende:

"a) Que toda declaración o denuncio lleva en sí una *presunción de veracidad*;

"b) Que esta presunción *debe ser destruida por prueba fehaciente*, y

"c) Que *un supuesto, una conjetura, una sospecha, que carecen de prueba, no pueden ser base para considerar existente un patrimonio.*

"En casos como el presente, para que la desestimación de la declaración por la Administración de Hacienda pueda mantenerse, es necesarios que *los informes que sustentan el rechazo aparezcan plenamente comprobados*, como se dijo atrás.

"Y la comprobación plena de los informes ha de sujetarse al régimen probatorio ordinario, en cuanto se adapte a la naturaleza de las disposiciones sobre los impuestos de que se trata y *sin perjuicio de las comprobaciones que conforme a ellas, correspondan al contribuyente o que las autoridades respectivas puedan exigirle.*

"De no aceptarse la tesis anterior, no obstante las modalidades especiales de la cuestión tributaria, se colocaría a los contribuyentes en una situación desventajosa por virtud de un sistema probatorio de excepción en abierta pugna con los principios que dominan la materia y con normas fundamentales que gobiernan los derechos individuales y las garantías sociales" (*Sentencia de 23 de noviembre de 1939*), ponente Elías Abad Mesa).

b) "...la presunción de exactitud que toda declaración implica, debe ser desvirtuada por medios fehacientes, que llevan al convencimiento que en ella ha habido un error por parte del declarante o ánimo de evadir en alguna forma la satisfacción del tributo..." (*Sentencia de noviembre 18 de 1940*, ponente Ramón Miranda).

c) "...Antes de estudiar las consecuencias jurídicas que se desprenden de las diferencias que se dejan anotadas, debe transcribirse la doctrina sentada por esta Corporación sobre la carga de la prueba en estos casos, acerca de la cual se dijo, entre otros fallos, en los de 20 de marzo, 16 de mayo y 18 de septiembre del año en curso:

`Conviene tener presente que cuando en una declaración de renta el liquidador estima que debe elevarse el precio de la venta o de los objetos denunciados, toca a él demostrar en alguna forma que esa elevación no es fruto de una simple conjetura o de una apreciación personal, sino que tiene que basarse en pruebas dignas de fe. El aumento del activo debe ser probado por el liquidador y sólo a él incumbe demostrarlo para justificar su liquidación. La ley da medios suficientes para allegar pruebas fehacien-

tes, y es natural que sólo en presencia de estas pruebas puede modificar la declaración del contribuyente. Aceptar la tesis contraria sería consagrar la arbitrariedad, pues quedaría solamente sujeto al libre arbitrio del liquidador subir o bajar el patrimonio o la renta de un contribuyente que declaró ajustado a los medios legales de hacerlo'" (*Sentencia de octubre 7 de 1941*, ponente Tulio E. Tascón).

d)"La declaración de renta y patrimonio, presentada en tiempo oportuno, bajo la gravedad del juramento, se presume verdadera, pues ella es la que debe servir de base para la liquidación del tributo, mientras los funcionarios de hacienda no dispongan de informaciones plenamente comprobadas que la infirmen.

"...Esta presunción legal de veracidad es una garantía para el contribuyente, pues para la liquidación del impuesto, no pueden tomarse bases diferentes de las suministradas por él en su declaración mientras no aparezca la prueba plena de su inexactitud" (*Sentencia de mayo 23 de 1960*, ponente Alejandro Domínguez Molina).

Esa tradicional y reiterada concepción jurisprudencial, contenida en las sentencias de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, parcialmente transcritas, ha sido acogida por la Sección Cuarta de la actual Sala Contenciosa del Consejo de Estado, como se puede verificar con una atenta lectura de las sentencias de dicha Sección invocadas como también supuestamente contrariadas en la providencia suplicada, y que, en razón de la posición mayoritaria de la Sala Plena, no es del caso analizar, como se dijo, pero que bueno es tener en cuenta para que no quede duda sobre el aspecto relativo a la "fuerza probatoria" de la declaración de renta y patrimonio y la necesidad de que corresponde a la Administración Tributaria, en ejercicio de sus poderes, demostrar la inexactitud de los hechos denunciados, como paso previo para exigir del contribuyente la comprobación especial.

Ahora bien; como es claro que el aspecto jurídico "fuerza probatoria" de la declaración de renta y patrimonio juega o tiene que ver con el aspecto jurídico que complementa a aquél, o sea, el que atañe a la facultad o poder de las oficinas tributarias de *probar de manera fehaciente* —no con simples afirmaciones sin respaldo probatorio, con supuestos, conjeturas o sospechas, que carezcan de prueba, como lo ha dicho la jurisprudencia que antes se ha reseñado— la inexactitud de los hechos denunciados en la declaración tributaria, se debe tener en cuenta, para efectos de decidir sobre la prosperidad o improsperidad del recurso extraordinario de súplica, si se desconoció o contrarió la jurisprudencia de la Corporación también invocada por la contribuyente, sobre el aspecto de la "prueba contable" que, en últimas llevó a la Sección Cuarta, a considerar correcta la decisión administrativa de determinar la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial, que constituye el décimo cargo que plantea o formula la contribuyente.

Como se ha visto, el hecho incontrovertible —no discutido por la contribuyente— del atraso de uno de los varios libros contables, configura para la Sección no sólo atraso de toda la contabilidad, sino que además tipifica figuras tales como

"rehuir la exhibición de los documentos o pruebas exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imposición", o "negarse a exhibir la contabilidad", hecho que determina la consecuencia punitiva de que el contribuyente ya no pueda invocar la contabilidad posteriormente como prueba, según reza la sentencia recurrida.

Respecto de ello, el apoderado de la recurrente invoca como jurisprudencia contrariada la contenida en:

a) *la sentencia de febrero 7 de 1935*, ponente Isaías Cepeda, en donde el Consejo de Estado dijo que "Una deficiencia en los libros contables se subsana con una comprobación en debida forma"; y

b) *la sentencia de noviembre 7 de 1960*, ponente Guillermo González Charry, en donde se dijo que "para que las pruebas aducidas en un juicio sirvan al juez como instrumentos idóneos de información deben participar de los principios de publicidad y contradicción. Estos principios son comunes a todas las pruebas y entre ellas en especial a la inspección ocular".

Esa jurisprudencia, observa el recurrente, ha sido acogida totalmente por la Sección Cuarta en diferentes sentencias que invoca, en las cuales se ha expresado que las "actas de visita sólo tienen aptitud probatoria en lo que hace a las irregularidades contables reportadas, *no en lo que toca con la inexistencia del hecho controvertido*" (sentencias de marzo 8 y abril 5 de 1991, ponente Consuelo Sarria O.); que "si no consta en el proceso que el contribuyente hubiera observado una conducta renuente a la exhibición de los libros y demás comprobantes, no cabe el supuesto de un comportamiento sancionable o el de la descalificación, a priori, del mérito de los libros y efectos de comercio, menos aún cuando a la visita administrativa jamás se le ha atribuido el carácter de prueba pericial" (sentencia de junio 9 de 1990, ponente Consuelo Sarria O.), entre otras invocadas por el suplicante.

Los dos cargos anteriores para la Sala están llamados a prosperar, por cuanto:

I. Sin existir comprobación plena en contrario, es decir, prueba fehaciente de la inexistencia de unos pasivos denunciados —que, por cierto, fueron ampliamente establecidos en el proceso contencioso administrativo, en su primera instancia, con dictamen pericial—, desconoce la eficacia probatoria de la presunción de veracidad de la declaración de renta y patrimonio de la contribuyente.

II. Releva a la Administración de la carga probatoria que le corresponde y que es la consecuencia necesaria de sus amplias facultades de fiscalización y control tributario, si se tiene en cuenta que la inspección o visita contable, como también lo ha dicho la Corporación, no es o constituye prueba pericial.

III. Restringe indebidamente la actividad probatoria de la contribuyente, alegando el retraso de unos libros de contabilidad, hecho al cual califica como "negarse a exhibir la contabilidad", "rehuir la exhibición de documentos o pruebas exigidas por el Estado en ejercicio de su poder de imposición", condenándola a acreditar la realidad de los pasivos declarados con documentos de terceros cuya existencia o conformidad con los hechos, como en el caso de las declaraciones de renta, no puede garantizar por no tener ninguna injerencia sobre los mismos, no

obstante que la Corporación ha dicho que la "deficiencia en los registros contables se subsana con una comprobación en debida forma", y que las insuficientes contables, no permiten tomar como inexistente los hechos económicos denunciados, ni incrementar sus ingresos, pues tal consecuencia no está prevista en la ley, y para este tipo de irregularidades contables la ley prevé la correspondiente sanción por libros.

Prosperando para la Sala estos cargos, considera que no es del caso analizar los dos restantes, referidos ellos a la imposibilidad de determinar la renta por el sistema especial de comparación patrimonial que supone la falta de justificación del incremento patrimonial planteado por la Administración (sentencias de 17 de julio de 1959 y 16 de febrero de 1962 de la antigua Sala Contenciosa) y la obligación de establecer la verdad real y su prevalencia sobre la verdad formal en materia tributaria (sentencia de julio 16 de 1959, Sala Contenciosa, ponente Carlos Gustavo Arrieta A.), pues, en últimas, el Estado lo que persigue es que las personas sometidas al impuesto de renta, patrimonio y complementarios, paguen solamente las sumas de dinero conque proporcionalmente, según su renta y patrimonio, deben contribuir a su funcionamiento, conforme a la ley, y no más de ello, y, en consecuencia, habrá de entrar a dictar el pronunciamiento que corresponda en sustitución de la sentencia que habrá de revocarse.

El pasivo solicitado por la contribuyente y su demostración en juicio.

Como también ya se vio, durante el trámite de la primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se practicó, junto con la diligencia de inspección judicial, prueba pericial que no fue considerada por el a-quo ni por el ad-quem, por cuanto dicho medio de convicción tiene como referencia y soporte los libros de contabilidad de la contribuyente, que, por no haber sido presentados oportunamente, perdieron validez frente a la Administración de Impuestos, lo cual, aceptado en gracia de discución, —frente a esta Administración no ante la jurisdicción— no impedía, en criterio de la Sala, que se pudiera considerar para resolver, pues la prueba pericial, lógico, no podía dejar de serlo, a partir del momento en que, en razón de la vigencia del actual C. C. A., desapareció el denominado juicio de revisión de impuestos y se abrió la amplia posibilidad de presentar y hacer practicar nuevas pruebas en la vía jurisdiccional, inclusive, aquéllas que no se hicieron valer ante la propia administración tributaria.

Los peritos sorteados en la primera instancia, dentro del término que se les señaló, rindieron su dictamen con fecha diciembre 18 de 1986, teniendo en cuenta, además de los libros de contabilidad, de la contribuyente y la relación de pasivos rechazados por la Administración de Impuestos, las "Tarjetas de Control de Certificados de Valor Constante", los listados sistematizados de cuentas de ahorro y las tarjetas auxiliares de cuentas de ahorro, que anexaron a su trabajo, llegando a las siguientes conclusiones:

"SOLICITUD DE PRUEBA

"Primero: Establecer la legalidad de los libros.

"Segundo: La realidad de cada uno de los pasivos desestimados a mi representado y que por lo tanto cuentan con los soportes contables.

"DICTAMEN

"Al punto primero se comprobó la legalidad de los libros de contabilidad enunciados anteriormente, al constatar su registro en la Cámara de Comercio de Bogotá y no encontrar nota o constancia alguna contra su correcto manejo, por parte de ningún funcionario de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, ni de la Superintendencia Bancaria.

"Al punto segundo con base en los documentos se procedió al análisis pormenorizado (sic) y exhaustivo de todas y cada una de las cuentas de ahorro como de los certificados para comprobar con los registros y soportes la existencia real de tales pasivos a diciembre 31 de 1986 (sic).

"La relación de rechazos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, al sumarla da un total de $504.875.180, discriminados por hojas así:

Hoja 2-1 Encabeza Julio Osorio	$ 53.587.203
Hoja 3-2 Encabeza José H. Hurtado	73.879.058
Hoja 4-3 Encabeza Aristizábal Román	84.996.158
Hoja 5-4 Encabeza Suárez Carlos	81.782.358
Hoja 6-5 Encabeza Luis Eduardo Gómez	110.295.401
Hoja 7-6 Encabeza Sarmiento Juanita	61.878.110
Hoja 8-7 Encabeza Moreno Luis Alfonso	38.456.842

	504.875.180

"En cuanto al estudio hecho a la relación de rechazos se hallaron las siguientes observaciones:

"Se detectaron personas repetidas que se rebajaron del total de la relación así:

Castaño (sic) B. Manuel Cta de Ahorros hoja 4 renglón 12 en hoja 8 renglón 19$ 619.422

Margarita Perdigón Cta. de Ahorros Hja 3 ren. 17 en hoja 5 renglón 50 $540.740

María E. Mendoza Certificado Hoja 6 renglón 28 en hoja 7 renglón 22 $3.212.158

TOTAL	4.372.320

"Total de la relación de la Administración	504.875.180
Menos personal repetido	4.372.320

VALOR RELACION 500.502.865

"Terminada la revisión de las cuentas de ahorro se procedió (sic) a elaborar la relación comprobada correspondiente, que se objetiva así:

"(A continuación, anota la Sala, viene la relación de cada número de cuenta de ahorro, el apellido y el nombre de su titular, su identificación y el saldo de la cuenta a diciembre de 1980, que no tiene objeto transcribirla).

.....

"*Anexo No. 3*: Relación comprobada de pasivos por certificados de valor constante de Corporación de Ahorro y Vivienda COLPATRIA a Diciembre 31/80 por $181.348.337 encabezadas así:

"(A continuación, anota la Sala, viene la relación del número de cada certificado de valor constante, el nombre y apellido de las personas que lo constituyeron, su documento de identidad, el valor inicial certificado, su saldo a diciembre 31 de 1980, y el número de orden en la tarjeta de control, que no tiene objeto transcribirla).

"......"Los valores comprobados por cuenta de ahorro, certificados y acreedores varios ascienden según detalle anterior, a la suma de $495.910.616 resumidas así:

Cta. de Ahorros Anexo No. 2	$ 307.228.248
Certificados Anexo No. 3	181.348.337
Acreedores Varios Anexo No. 3 Hoja 5	7.234.127
TOTAL	$ 495.810.709

"Una vez con las cifras indicadas se procedió a verificar nombres y apellidos, identificación y valores para despejar las diferencias presentadas entre la relación de la Administración y las relacionadas comprobadas de la Corporación de Ahorro y Vivienda COLPATRIA.

"Del examen se reflejaron en la relación de rechazos diferencias en nombres y apellidos, números de identificación y valores que aparecen en los cuadros comparativos, elaborados en el orden de la relación de rechazos con indicación de número de orden registrados en las relaciones comprobadas de cuentas de ahorro anexo 3 y de certificados anexo No. 3.

"Los cuadros comparativos son los que se describen a continuación: ...(vienen a continuación los cuadros comparativos en relación con siete titulares de cuentas de ahorro, para llegar a la siguiente conclusión):

"En este estado se procedió a verificar en resumen las cifras resultantes de los cuadros comparativos número de 01 a 07 para precisar la suma total de los pasivos comprobados que nos indica, que la Corporación de Ahorro y Vivienda COLPATRIA, cumplio (sic) con su cometido fiscal al describir los pasivos rechazados que en este estudio y análisis hemos comprobado:

Suma total de la Administración anexo No. 01	$ 504.875.180
Menos clientes repetidos	4.372.320
VALOR NETO A COMPROBAR	$ 500.502.860
Suma total de las cuentas de ahorro Compr. Anexo No. 02	$ 307.228.248
Suma total de los certificados comprobados Anexo No. 03	181.348.337
Suma total de los Acreedores Varios Anexo No. 04	7.334.127
SUBTOTAL	$ 495.810.712
Menos valores superiores de Corporación con la Administración Anexo No. 04 Hoja 01 al 07	$ 10.968.055
Más valores menores de Corporación con la Administración Anexo No. 04 Hoja 01 al 07	$ 032.523
TOTAL PASIVOS RELACIONADOS PRO LA ADMINISTRACION	$ 504.875.180
Menos valores repetidos	4.372.320
TOTAL PASIVOS COMPROBADOS	$ 500.502.860

La Sala, teniendo en cuenta la firmeza, claridad, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia e idoneidad de los peritos en la materia controvertida, así como los demás elementos probatorios que obran en el proceso, entre ellos los aportados por los propios peritos al rendir su experticio que demuestran los saldos de las cuentas de ahorro abiertas por terceros, en 31 de diciembre de 1980, el valor de los títulos o certificados de valor constante constituidos y vigentes a la misma fecha, y el monto de las sumas de dinero a favor de los acreedores varios de la Corporación al final del ejercicio de 1980, que se dio a las partes la oportunidad de contradecirlo y no fue objetado por error grave, le reconoce al anterior dictamen pericial un valor probatorio indiscutible, suficiente para que se concluya que los pasivos declarados por la contribuyente han sido plenamente establecidos en el juicio, y que, por ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, razón por la cual habrá de confirmarse en todas sus partes la liquidación privada presentada por la demandante-recurrente junto con su declaración de renta correspondiente al año gravable de 1980, en la cual se determinó un impuesto de $ 7.633.081.oo.

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

FALLA:

1o. INFIRMASE la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación con fecha catorce (14) de junio de 1991, en cuanto por ella se confirma el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 26 de noviembre de 1988, que denegó las súplicas de la demanda.

2o. REVOCASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar se dispone:

a) Declárase la nulidad de la Liquidación de Revisión No. 102234 de 3 de agosto de 1983, practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, a nombre de la sociedad CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA S.A., NIT. 60.034.417, así como la Resolución No. A-000388-P de 20 de marzo de 1985, proferida por la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, y mediante la cual se sostuvo la actuación de la oficina liquidadora.

b) Como consecuencia de la anterior nulidad, y para restablecer el derecho lesionado con los mencionados actos administrativos, se declara que la sociedad demandante-recurrente CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA S.A., NIT 60.034.417, debe pagar al Tesoro Público Nacional —Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá— la suma de SIETE MILLONES seiscientos treinta y tres mil ochenta y un pesos ($7.633.081.oo) M/Cte., por concepto de impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1980, determina en su Liquidación Privada integrante de su Declaración de renta por el precitado año gravable.

Sin costas por haber prosperado el recurso.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Trámite/**NORMA CONSTITUCIONAL**-Desarrollo Legal.

Mientras no se dicte por el Congreso de la República la ley que consagre o establezca el procedimiento contencioso administrativo especial, que permita tramitar y decidir, en el perentorio término de 20 días hábiles contados desde la solicitud, la acción pública de pérdida de la investidura de congresista, no es posible legalmente atender solicitudes de esta naturaleza formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente, por cualquier ciudadano o por alguna otra autoridad.

CONGRESISTA-Inhabilidades/**SANCION PENAL/PERDIDA DE LA INVESTIDURA**-Diferencias.

La inhabilidad para ser elegido, que pudiéramos denominar inhabilidad anterior a la declaratoria de elección, conduce a la acción contenciosa electoral. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por hecho posterior, desde luego, determina la acción judicial, también especial, que reglamenta la ley. En el primer caso para buscar que se declare la nulidad de la acción y se cancele la credencial; en el segundo evento, para imponer la pena o sanción de pérdida de la investidura de congresista. Para el primer caso existe un término legal para el ejercicio de la acción de nulidad electoral, que no se puede ampliar o desconocer; mientras que para solicitar la pena de pérdida de la investidura de congresista por, entre otras causales, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estando en ejercicio del cargo, por lo menos hasta ahora, no existe ese término de caducidad, y discutible parece ser su consagración en la ley que se dicte para regular o consagrar ese procedimiento judicial especial.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

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

Ref.: Expediente No. AC-430. Pérdida de investidura del Representante a la Cámara, *Doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas.* Actor: *Procuraduría General de la Nación.*

El señor Procurador General de la Nación ha remitido a esta Corporación el informe evaluativo presentado por el abogado asesor adscrito a la Viceprocuraduría General de la Nación, en donde advierte que el doctor Juan Fernando Góngora Arciniegas, Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, para el resto del período constitucional en curso, "posiblemente se halla incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 1o. del artículo 179 de la Constitución Política, por haber sido condenado a la pena principal de diez y ocho (18) meses de presidio, según sentencia de 16 de julio de 1977", proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, por el delito de lesiones personales, con el objeto de que el Consejo de Estado decida sobre la procedencia de la pérdida de investidura prevista en el artículo 184 de la Carta Fundamental.

A la solicitud no es posible darle trámite, por las siguientes consideraciones:

1a. El artículo 184 de la Constitución Política preceptúa que "la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado *de acuerdo con la ley* y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la solicitud formulada...".

2a. Concordante con ese precepto, el inciso tercero del artículo 304 de la Ley 5a. de 1992 (Reglamento del Congreso; del Senado y de la Cámara de Representantes) establece que "*la ley fijará el procedimiento judicial especial correspondiente a la acción pública de pérdida de la investidura, en lo que al Consejo de Estado se refiere*" (subrayado fuera de texto).

3a. De acuerdo con lo anterior se tiene, como ya había tenido oportunidad de señalarlo ésta Sala Unitaria en providencia de comienzos del presente año, previa consulta con la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que mientras no se dicte por el Congreso de la República la ley que consagre o establezca el procedimiento contencioso administrativo especial, que permita tramitar y decidir, en el perentorio término de 20 días hábiles contados desde la solicitud, la acción pública de pérdida de la investidura de congresista, no es posible legalmente atender solicitudes de esta naturaleza formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente, por cualquier ciudadano o por alguna otra autoridad como, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación.

De admitirse la solicitud en estos momentos en que no existe la ley mencionada, no sólo se desconocería lo prescrito en el artículo 304 de la Ley 5a. de 1992, en concordancia con el artículo 184 de la Constitución Política, sino que eventualmente, por tener que dársele a la acción o solicitud de pérdida, de la investidura el trámite del procedimiento ordinario contencioso-administrativo, como ya se hizo en alguna ocasión anterior, se desconocería el derecho fundamental del "debido proceso" consagrado en el artículo 29 de la misma Carta Política.

4a. De otro lado, para esta Sala Unitaria, parece indubitable que en esta materia de inhabilidades e incompatibilidades hay que distinguir dos situaciones, a saber: a) la inhabilidad para ser elegido congresista, consistente en haber sido la persona condenada, en cualquier época, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, que determina la viabilidad de la acción contenciosa electoral que puede promover cualquier ciudadano o persona, dentro de los veinte días hábiles, siguientes a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección (art. 7o. de la ley 14 de 1988, concordante con los artículos 128-4 y 228 y ss. del C. C. A.), transcurridos los cuales ya no es posible buscar la declaratoria de nulidad del acto administrativo electoral por el cual se hace la declaratoria de elección y, como consecuencia de ello, la cancelación de la credencial respectiva, pues el legislador al señalar ese término de caducidad de la acción ha querido que las elecciones o nombramientos que se hagan en cualquiera de las ramas del poder público se impugnen jurisdiccionalmente en ese término, para que no quede indefinidamente *sub judice* la investidura de servidor público o de empleado público; y b) la violación por un congresista, durante el período constitucional respectivo, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que determina la viabilidad de una solicitud de pérdida de la investidura de congresista formulada por la mesa directiva de la cámara respectiva o por cualquier ciudadano, inclusive una autoridad pública, que no tiene término de caducidad y que no se rige, por lo demás, por el prescrito en el art. 7o. de la ley 14 de 1988, ni por el art. 136 del C. C. A., pues no es ni una acción de nulidad de carácter electoral con un procedimiento especial consagrado para su trámite y decisión, ni una acción de simple nulidad o una de nulidad y restablecimiento del derecho, con o sin caducidad, y con un procedimiento ordinario para su tramitación y decisión.

En otras palabras: el hecho de haber sido una persona, en cualquier época, condenada por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, constituye inhabilidad PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA, y esa inhabilidad constituye causal de nulidad del acto administrativo electoral por el cual se declara la elección y, como consecuencia, la cancelación de la credencial, acción electoral que debe ser promovida dentro de los 20 días hábiles siguientes a aquel en que se notifique legalmente el acto por el cual se hace la declaratoria de elección; por el contrario, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Constitución y en la ley por la persona que ha sido elegida congresista y viene ejerciendo el cargo o sus funciones, determina la pérdida de su investidura de tal, la cual corresponde decretar al Consejo de Estado previa observancia del procedimiento judicial especial señalado en la ley que se dicte —lo que en la fecha no se ha hecho— y dentro del término perentorio de 20 días.

La INHABILIDAD para ser elegido, que pudiéramos denominar inhabilidad anterior a la declaratoria de elección, conduce a la acción contenciosa electoral. La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por hecho posterior, desde luego, determina la acción judicial, también especial, que reglamente la ley. En el primer caso para buscar que se declare la nulidad de la elección y se cancele la credencial; en el segundo evento, para imponer la pena o sanción de pérdida de

la investidura de congresista. Para buscar la declaratoria de nulidad de la elección y la cancelación de nulidad electoral, que no se puede ampliar o desconocer; mientras que para solicitar la pena de pérdida de la investidura de congresista por, entre otras causales, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, estando en ejercicio del cargo, por lo menos hasta ahora, no existe ese término de caducidad, y discutible parece ser su creación o consagración en la ley que se dicte para regular o consagrar ese procedimiento judicial especial.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Unitaria,

RESUELVE:

INADMITIR la solicitud formulada por la Procuraduría General de la Nación, para que esta Corporación decida sobre la "procedencia de la pérdida de investidura" del doctor JUAN FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS, como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, por el período constitucional en curso.

Cópiese, notifíquese personalmente esta providencia al señor Procurador General de la Nación, devuélvase el expediente formado por esa dependencia y cúmplase.

Miguel González Rodríguez.

Consejero de Estado.

SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL

JURISDICCION ESPECIAL/TERRITORIO INDIGENA-Litigios/ **ALCALDE/COMISION DE ASUNTOS INDIGENAS/COMPETENCIA**

El artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 no atribuye competencia a las Comisiones de Asuntos indígenas del Ministerio de Gobierno para "conocer, en segunda y última instancia, de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los alcaldes municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos". Sin embargo, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria de la Ley 52 de 1990, podría adicionar el artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 para atribuirles a las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno la facultad a que se refiere el punto anterior. Pero cuando se pongan en efectividad los principios prescritos por los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución, tendrán carácter prevaleciente sobre las disposiciones anteriores que les sean contrarias.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 458.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con litigios o negocios de indígenas, segunda y última instancia.

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

> "De manera atenta me dirijo a esa Honorable Corporación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 237 de la Constitución Nacional y 98 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se emi-

ta concepto sobre la consulta que se formula, previas las siguientes consideraciones:

1. La Ley 81 de 1958, sobre fomento agropecuario de las parcialidades indígenas, creó las Secciones de Negocios Indígenas dependientes del Ministerio de Agricultura en los Departamentos donde existieran diez o más parcialidades indígenas (Artículo 1o.).

2. Las atribuciones de las Secciones de Negocios Indígenas, se consagran en el artículo 3o de la Ley 81 de 1958.

3.El numeral a) del Artículo 3o de la Ley 81 de 1958 le asigna a las Comisiones de Asuntos Indígenas, la atribución de "conocer en segunda y última instancia de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los Alcaldes Municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos".

4.Mediante el Decreto 1634 de 1960 se traslada la División de Extensión Agropecuaria del Ministerio de Agricultura al Ministerio de Gobierno con la denominación de División de Asuntos Indígenas, determinándose igualmente que estará integrada por la Sección de Resguardos y Parcialidades, la Sección de Protección Indígena y Jefatura de Comisiones. (Artículos 17 y 18). La misma norma en su artículo 21 señala también, que las Comisiones de Asistencia y Protección Indígena tendrán además las funciones que la Ley 81 de 1958, adscribe a las Secciones de Negocios Indígenas.

5. Los litigios de indígenas que conocen los alcaldes municipales se señalan en la Ley 89 de 1890, artículo 11 y en los Decretos 74 de 1898, artículos 37 y 160 y siguientes; 331 de 1926 y 50 de 1937, artículo 9, expedidos por la Gobernación del Departamento del Cauca, respectivamente.

6. Por su parte el Decreto 2413 de 1961, reglamentario de la Ley 81 de 1958 establece en su artículo 1: "Las comisiones de Asistencia y Protección Indígena del Ministerio de Gobierno, creadas por el Decreto 1634 de 1960 reemplazan a las Secciones de Negocios Indígenas de que trata la Ley 81 de 1958 y tendrán además de las atribuciones y funciones que le dio dicha Ley, las consagradas en el Decreto 1634 de 1960.

7. La Ley 52 de diciembre 28 de 1990 mediante la cual se establece la Estructura Orgánica del Ministerio de Gobierno, crea la Dirección General de Asuntos Indígenas y el parágrafo 2o. del artículo 17 señala que a nivel regional funcionarán Comisiones según lo determine el Gobierno Nacional, para atender los programas de Dirección General de Asuntos Indígenas.

8. La anterior norma es reglamentada por el Decreto 2035 de agosto 29 de 1991, que en su artículo 30 fija las funciones de las Comisiones de Asuntos Indígenas, pero entre éstas no se les asigna la de "conocer en segunda instancia de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los Alcaldes Municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos.

Con fundamento en las anteriores normas transcritas, este Ministerio se permite consultar:

1. Son competentes las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno para conocer en segunda y última instancia de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los Alcaldes Municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos, aunque el Decreto 2035 del 29 de agosto de 1991 no les asigne esta función.?

2. En caso negativo, a quién corresponde esta competencia?"

LA SALA CONSIDERA:

1o) El artículo 1o de la Ley 81 de 1958 dispuso que "en los departamentos donde existan diez o más parcialidades de indígenas (resguardos), funcionará una oficina llamada "Sección de Negocios Indígenas", dependiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería. "El artículo 3o., letra a), *ibídem*, le atribuyó, entre otras facultades, "conocer, en segunda y última instancia, de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los alcaldes municipales en primera instancia por apelación de los fallos pronunciados por éstos".

2o) Pero el Artículo 17 del Decreto-Ley 1634 de 1960 trasladó la mencionada sección al Ministerio de Gobierno "con la categoría de división" y con "la denominación de División de Asuntos Indígenas". La misma disposición agregó que, en consecuencia, "corresponde al Ministerio de Gobierno, por medio de la División de Asuntos Indígenas, el ejercicio de las funciones adscritas al Ministerio de Agricultura por la Ley 81 de 1958, y demás disposiciones legales sobre indígenas".

El artículo 18 del Decreto-Ley 1634 de 1960 dispuso que "la División de Asuntos Indígenas estará integrada por las secciones de Resguardos y Parcialidades y de Protección Indígena y por la Jefatura de Comisiones de Asistencia y Protección Indígena" y que el Gobierno debe determinar "los lugares donde deban funcionar Comisiones de Asistencia y Protección indígenas, así como el número de tales Comisiones".

Y el artículo 20, parágrafo, del Decreto-Ley 1634 de 1960 prescribió que las Comisiones de Asistencia y Protección de Indígenas tendrán, además de las atribuciones específicas que les asignaba la misma disposición, "las funciones que la Ley 81 de 1958 adscribió a las Secciones de Negocios de Indígenas.

3o) El artículo 1° del Decreto 2413 de 1961 también dispone que las Comisiones de Asistencia y Protección Indígena del Ministerio de Gobierno, creadas por el Decreto-Ley 1634 de 1960, reemplazan a las Secciones de Negocios Indígenas de que trata laLey 81 de 1958, y tendrán, además de las atribuciones y funciones (sic) de dicha ley, las consignadas en el Decreto-Ley número 1634 de 1960".

4o) La Ley 52 de 1990 reestructuró el Ministerio de Gobierno y el artículo 4o., número 5, creó la "Dirección General de Asuntos Indígenas". Además, el artículo 17, parágrafo 2o, *ibídem*, dispuso que "a nivel regional funcionarán comisiones, según lo determine el gobierno nacional, para atender los programas de la Dirección General de Asuntos Indígenas".

5o) El artículo 30 del Decreto 2035 de 1991, reglamentario del artículo 17, parágrafo 2°, de la Ley 52 de 1990, prescribió las funciones de las Comisiones de Asuntos Indígenas, creadas por esta disposición. Entre ellas no se cuenta la de "conocer en segunda y última instancia de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los alcaldes municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos".

En consecuencia, las comisiones de asuntos indígenas, según la mencionada disposición, no tienen competencia para conocer del indicado recurso de apelación.

6o) Sin embargo, la Sala considera que, aunque el capítulo V del Decreto-Ley 1634 de 1960 (artículos 17 a 23, inclusive), relativo a "la División de Asuntos Indígenas" del Ministerio de Gobierno, fue reemplazado con la "Dirección General de Asuntos Indígenas" (artículos 17 y 18 inclusive) por la Ley 52 de 1990, el artículo 3o, letra a), de la Ley 81 de 1958 subsiste, tanto porque ella no lo derogó ni subrogó como porque prescribe, como una de las funciones de la mencionada entidad, "velar por el cumplimiento de la legislación nacional entidad, "velar por el cumplimiento de la legislación nacional y de las recomendaciones adoptadas por el Gobierno Nacional de organismos internacionales referentes a la población indígena del País (artículo 17, letra e), de la Ley 52 de 1990).

Además, como según el parágrafo 2o, antes transcrito, de la misma disposición, el Gobierno puede disponer que funcionen comisiones, a nivel departamental, "para atender los programas de la Dirección General de Asuntos Indígenas", entre los cuales se cuenta el de hacer cumplir la legislación nacional —específicamente el artículo 3o, letra a), de la Ley 81 de 1958— ante el vacío indicado del artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 que, por tratarse de un problema de competencia excluye la analogía, el gobierno podría, en ejercicio de la potestad reglamentaria, adicionar este decreto para atribuirles a las Comisiones para los Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno la facultad de conocer, en segunda instancia, "de los litigios o negocios de Indígenas de que conocen los Alcaldes Municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos".

7o) Pero la Sala también considera que, según el artículo 246 de la Constitución, relativo a "las jurisdicciones especiales", "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República" y que, según la misma disposición, "la ley establecerá las normas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"; que, de acuerdo con el artículo 329 de la Constitución, es posible organizar "entidades territoriales indígenas... con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial; que, según el artículo 330 del mismo estatuto "de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades" y tendrán las funciones que la misma disposición les prescribe y que, en consecuencia, cuando se pongan en efectividad

estos principios, tendrán carácter prevaleciente sobre las disposiciones anteriores que les sean contrarias.

La Sala, con fundamento en lo expuesto, **responde**:

1o) El artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 no atribuye competencia a las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno para "conocer, en segunda y última instancia, de los litigios o negocios de indígenas de que conocen los alcaldes municipales en primera instancia, por apelación de los fallos pronunciados por éstos".

2o) Sin embargo, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria de la Ley 52 de 1990, podría adicionar el artículo 30 del Decreto 2035 de 1991 para atribuirles a las Comisiones de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno la facultad a que se refiere el punto anterior.

3o) Pero cuando se pongan en efectividad los principios prescritos por los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución, tendrán carácter prevaleciente sobre las disposiciones anteriores que les sean contrarias.

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

Autorizada la publicación en Octubre 2 de 1992.

REVISION DE CONTRATO/CONTRATO DE COMPRAVENTA/ CAMARA DE REPRESENTANTES/PERSONERIA JURIDICA-Inexistencia/**NACION**-Representación/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Facultades/**DELEGACION DE FUNCIONES/CELEBRACION DE CONTRATOS**

La Cámara de Representantes carece de capacidad para celebrar contratos a nombre de la Nación, pues no la representa, y tampoco directamente al no ser persona jurídica. Pero el contrato que se revisa puede ser suscrito válidamente por la Nación-Ministerio de Gobierno, dado que el Presidente de la República delegó en Ministros y Directores de Departamento Administrativo, la facultad de celebrar contratos, sin sujeción a su cuantía ni a su naturaleza, por medio del Decreto 1929 de 1991 y que, además, los ministros en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, al tenor del artículo 206 de la Constitución.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., trece de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón*

Ref: Contrato de compraventa No. 006-92 celebrado entre la Nación-Cámara de Representantes y Colinversiones S.A. Radicación No. 777

El señor presidente de la Cámara de Representantes, doctor César Pérez García, remitió a la Sala para su revisión de legalidad, el contrato suscrito entre la entidad denominada LA NACION-CAMARA DE REPRESENTANTES y la sociedad Colinversiones, cuyo objeto consiste en la adquisición de una estación central de proceso para el manejo de las Plenarias de los Honorables Representantes.

El contrato fue suscrito, con fecha 14 de julio de 1992, por el doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote, entonces presidente de la Cámara de Representantes, y Jesús Ruiz Giraldo, representante legal Colinversiones S.A., y su valor total para efectos fiscales es la cantidad de $625.453.023.oo moneda corriente.

La Sala analizará, primeramente, la capacidad jurídica que para celebrar el contrato a nombre de La Nación tienen la H. Cámara de Representantes.

Según el texto del contrato, éste fue celebrado por el presidente de la Cámara de Representantes "en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 38 de 1989, y el Decreto reglamentario número 870 de abril 26 de 1989, y de conformidad con los requisitos establecidos en el Decreto 222 de 1983".

Pues bien:

1. La ley 38 de 1989, que contiene el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, únicamente confiere a las Mesas Directivas de cada Cámara, que ejercerán por separado, la facultad de ORDENAR LOS GASTOS en el Congreso Nacional. (Artículo 91 inciso segundo).

2. El Decreto 870 de 1989, a su vez, dispone en su artículo 1o. que "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, ORDENARAN EL GASTO, por separado, con cargo a sus respectivos presupuestos, a través del presidente del Senado o de la Cámara, según el caso". (Las mayúsculas son de la Sala)

3. El Decreto-ley 222 de 1983, "por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones," claramente dispone que los contratos previstos en dicho decreto son los que celebren "La Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos) y los Establecimientos Públicos". (Artículo 1o. inciso primero), así como los contratos de empréstito y de obras públicas que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea más del noventa por ciento de su capital social (Artículo 1o. inciso tercero).

De modo que en ninguna de las normas en las cuales se fundamenta la celebración del contrato por la Cámara de Representantes, aparece la facultad para esta Corporación Legislativa de celebrar contratos, directamente o a nombre de la Nación. Tan solo la de actuar como "ordenadora del gasto".

Yendo más lejos, la Sala menciona la ley 5a. de 1992 (junio 17), "por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". En dicha ley, que tiene el carácter de Ley Orgánica al tenor del artículo 151 de la Constitución, se incluye además de las normas inherentes a un Reglamento de la rama legislativa del poder público, otras, entre las cuales figura la que corresponde a la Dirección General Administrativa del Senado para "celebrar los contratos que demande el buen funcionamiento del Senado" (Artículo 371-2); paradojálmente, sin embargo, no otorgó a la Cámara de Representantes una atribución similar, aunque sí se alude en el artículo 390 a algunos servicios administrativos que deberán ser contratados de manera conjunta por las Cámaras Legislativas, entre los cuales se mencionan los de "informática Legislativa". Y en el artículo 6o. transitorio se dispone que las Mesas Directivas de cada Cámara en un término no mayor de treinta días a partir de la vigencia de la ley, ordenarán la instalación de los procedimientos electrónicos (semáforos y demás ayudas) para regular las intervenciones en el tiempo de los oradores.

Pero ocurre que el Congreso Nacional no puede arrogarse la atribución de celebrar contratos a nombre de la Nación, no tampoco directamente o por intermedio de sus Cámaras, sin infringir preceptos de jerarquía constitucional.

En efecto:

A. La celebración de contratos a nombre de la Nación, corresponde al Presidente de la República, en su calidad de "suprema autoridad administrativa". (Artículo 189, numeral 23).

B. Al Congreso le corresponde "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos..." (Artículo 150, numeral 9), así como "Aprobar o improbar los contratos o convenios que, por razones de evidente necesidad nacional, hubiese celebrado el Presidente de la República, con particulares, compañías o entidades públicas, sin autorización previa (Artículo 150, numeral 14). Y,

C. De conformidad con el artículo 211 de la Constitución, el Presidente de la República, conforme a la ley, podrá delegar funciones en los Ministros, directores de Departamentos Administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes, y en aquellas agencias del Estado que la misma ley determine.

Así, por ejemplo, el Presidente de la República, en virtud del decreto 1929 de 1991 (agosto 8), dictado con fundamento en el Decreto-ley 1685 del mismo año, delegó en Ministros y directores de Departamentos Administrativos, sin sujeción a su cuantía ni a su naturaleza, la facultad de celebrar contratos, excepto los de empréstito externo que exceden de cincuenta millones de dólares americanos.

> Por otra parte, el Decreto-ley 222 de 1983, invocada en el texto del contrato que es materia de revisión, precisamente dispone en su artículo 248 que es el Presidente de la República a quien corresponde celebrar los contratos en que sea parte la Nación, "conforme a la respectiva ley de autorizaciones y a la ley de apropiaciones".

Finalmente, esta Sala del Consejo de Estado, con fecha 11 de mayo de 1989, emitió los siguientes conceptos, que resulta pertinente reiterar para el caso en estudio:

> Inmemorialmente, desde cuando se expidió la Constitución de 1886, la Nación, como personificación jurídica del Estado, lo simboliza y representa. De ahí que el artículo 80 de la ley 153 de 1887 disponga que la Nación es persona jurídica. Por consiguiente, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales; el Congreso cualquiera de sus Cámaras o de sus Mesas Directivas..., como tales no tienen ni pueden tener personería jurídica, porque son partes integrantes del Estado que, única y exclusivamente, constituye la personara jurídica de derecho público llamada Nación. A...) De lo contrario no habría Estado ni tres ramas del poder público separadas, concurrentes, complementarias y armónicas, sino un disperso y creciente número de entidades que actúan y contratan orientadas por su

particular interés en el más inaudito desorden administrativo y presupuestal.

Y precisaba la noción de ordenación del gasto en esos términos: El artículo 91, inciso segundo, de la ley 38 de 1989, debe interpretarse, en consonancia con la Constitución, no en el sentido de considerar que los ordenadores de gastos puedan celebrar contratos en representación de la Nación sino de entender que podrán autorizar los gastos presupuestados para la correspondiente entidad.

Dedúcese, por tanto, que la Cámara de Representantes carece de capacidad para celebrar contratos a nombre de la Nación, pues no la representa, y tampoco directamente al no ser persona jurídica. Pero el contrato que se revisa puede ser suscrito válidamente por la Nación-Ministerio de Gobierno, dado que el Presidente de la República delegó en Ministros y directores de Departamento Administrativo, la facultad de celebrar contratos, sin sujeción a su cuantía ni a su naturaleza, por medio del Decreto 1929 de 1991 y que, además, los ministros, en relación con el Congreso, son veceros del Gobierno, al tenor del artículo 206 de la Constitución.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, **declara no ajustado a la ley** el contrato de compraventa número 006-92 celebrado entre la Nación-Cámara de Representantes y Colinversiones S.A., cuyo objeto consiste en el suministro de una (1) estación central de proceso modelo PC-361-25SC microcomputador Wang, y se ordena la devolución del contrato con sus anexos a la oficina de origen.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

USO DEL SUELO-Reglamentación/**CONCEJO MUNICIPAL/AREA METROPOLITANA/COMPETENCIA**

Corresponde a los municipios, por intermedio de los respectivos Concejos, reglamentar los usos del suelo en su jurisdicción. Dicha competencia, sin embargo, deberá ser coordinada con las áreas metropolitanas cuando los municipios formen parte de ellas, de modo que las actuaciones se conformen a criterios de solidaridad y bien común.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón*

Ref: Consulta sobre la competencia para reglamentar los usos del suelo: Areas Metropolitanas o Concejos Municipales. Radicación No. 460.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, dice que a solicitud del alcalde de Bucaramanga somete a consideración de la Sala el tema relacionado con la competencia de las Areas Metropolitanas y/o de los Concejos Municipales para reglamentar los usos del suelo.

En su consulta, el señor Ministro discurre así:

> Según el artículo 6o., (sic) numeral 1o., literal c) del Decreto ley 1333 de 1986 (C.R.M.) corresponde a la Junta Metropolitana por medio de acuerdo metropolitano, "expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del Area y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos correspondientes que pueden ser utilizados por las autoridades del Area Metropolitana o de los municipios que la componen de conformidad con la legislación vigente".
>
> Los artículos 1 y 2 de la ley 9 de 1989 modifican el Decreto ley 1333 de 1986, ratificando la competencia de las Areas Metropolitanas para formular planes de desarrollo, los cuales incluirán un plan y un reglamento de los usos del suelo. Igualmente el artículo 1o. de la ley 2 de 1991 dijo que

el plan de desarrollo expedido por la Junta Metropolitana prevalecerá sobre los planes que adopten los municipios que integran el área en las materias que son de competencia de las respectivas áreas.

El artículo 319 de la Constitución Política de 1991 dice que el Area Metropolitana será la encargada de "proclamar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano".

Pero toda vez que el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Política de 1991 dijo que corresponde a los concejos reglamentar los usos del suelo, surge la duda sobre cuál es la corporación competente para tales efectos.

Las corrientes de interpretación se pueden resumir en dos posiciones, así:

1. La competencia en materia de reglamentación de los usos del suelo quedó expresamente atribuida a los concejos municipales, aún en aquellas regiones en donde existen Areas Metropolitanas, porque el artículo 313 de la Constitución Nacional es norma superior al Decreto ley 1333 de 1986, y las leyes 9 de 1989 y 2 de 1991.

2. La competencia para reglamentar los usos del suelo, sigue radicada en cabeza del Area Metropolitana porque el artículo 319 de la Constitución Política es norma especial y posterior en el articulado de la Carta Magna; no contradice las leyes preexistentes luego estas no están subrogadas; no podría el Area Metropolitana programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo la autoridad ni racionalizar la prestación de los servicios públicos, sin hacer planificación, y no puede haber planeación sin plan de desarrollo y nada significa un plan de desarrollo sin reglamento de los usos del suelo.

Esta posición considera que la competencia es de los concejos sólo en aquellos municipios como entidades planificadoras en el territorio respectivo. Las Juntas Metropolitanas toman decisiones mediante Acuerdos Metropolitanos, que dentro de la jerarquía de las normas ocupan lugar superior a los acuerdos municipales.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto se consulta si corresponde a la Junta Metropolitana o a los Concejos de los Municipios que la componen la reglamentación de los usos del suelo?

LA SALA CONSIDERA:

1. El origen colombiano de las Areas Metropolitanas se encuentra en el Acto Legislativo número 1 de 1968, en cuyo artículo 6o. se dispuso:

> Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más municipios de un mismo departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un Area Metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales, bajo autoridades y régimen especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización. Corresponde a las Asambleas, a iniciativa del gobernador y oída previamente la opinión de los concejos de los municipios interesados, disponer el funcionamiento de las entidades así autorizadas.

El texto constitucional precitado quedó en suspenso hasta cuando el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 61 de 1978, expidió el Decreto 3104 de 1979, "por el cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de las Areas Metropolitanas".

En dicho estatuto fueron definidas las Areas Metropolitanas como entidades autorizadas por la Constitución y organizadas por la ley, para la más adecuada promoción, planificación y coordinación del desarrollo conjunto y la prestación de servicios de dos o más municipios de un mismo departamento, dotadas de personería jurídica, autoridades y régimen especiales, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Para su organización, los varios municipios deberán constituir una unidad territorial y que existan entre ellos estrechas relaciones de orden físico, demográfico, económico, social y cultural que exijan su desarrollo integrado y la mejor prestación de servicios públicos, según concepto del Departamento Nacional de Planeación y, además, el conjunto de municipios deberá tener una población no inferior a 300.000 habitantes y la población del municipio principal, no deberá ser inferior a 250.000 habitantes.

El Decreto a que se alude dispuso, también, que el gobierno y la administración de las Areas Metropolitanas estarán a cargo de una Junta y un Alcalde Metropolitanos.

Y entre las funciones de las Juntas Metropolitanas, que ejercerán por medio de acuerdos metropolitanos, señaló la siguiente:

> Expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del Area y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos correspondientes que puedan ser utilizados por las autoridades del Area Metropolitana o de los municipios que la componen, de conformidad con la legislación vigente. (Artículo 6o., letra c del numeral 1).

La norma fue incorporada al Código de Régimen Municipal (decreto ley 1333 de 1986), en el artículo 354 y está distinguida así mismo con la letra c del numeral 1.

Igualmente conviene advertir, que tanto el Decreto Ley 3104 de 1979, artículo 6o., como el Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), artículo 354, al enumerar las funciones que corresponden a las Juntas Metropolitanas, las dividen en seis grupos, así: 1. De planificación; 2. De prestación de servicios; 3. Relativas a la contribución de valorización; 4. De coordinación administrativa; 5. De política fiscal, y 6. Otras funciones. Las referentes a la reglamentación de los usos del suelo, pertenecen al grupo 1: De planificación.

2. El tema de la planeación municipal y metropolitana y, dentro de esta política de desarrollo, la reglamentación de los usos del suelo, fue retomado por la ley 9a. de 1989, conocida con el nombre de Reforma Urbana y cuyo título expresa su contenido de este modo: "Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones".

Pues bien: La ley 9a. de 1989, al modificar algunas disposiciones del Código de Régimen Municipal (concretamente sus artículos 33, 34 y 35 que formaban parte del Título III, "De la Planeación Municipal", Capítulo I "De los Planes de Desarrollo"), dispuso que los municipios con una población mayor de 100.000 habitantes, incluidas las **Areas Metropolitanas**, deberán formular su respectivo PLAN DE DESARROLLO de conformidad con la política nacional y departamental, las técnicas modernas de planeación urbana y con base en la coordinación urbano-regional; pero los municipios con una población de menos de 100.000 habitantes, deberán expedir un PLAN DE DESARROLLO SIMPLIFICADO.

Tanto los PLANES DE DESARROLLO como los PLANES DE DESARROLLO SIMPLIFICADO deberán contener, entre otros, necesariamente el siguiente aspecto:

> Un plan y un reglamento de usos del suelo y cesiones obligatorias gratuitas, así como normas urbanísticas específicas. (Artículo 2o. numeral 1. en coordinación con el artículo 1o. inciso segundo).

Por lo demás, la ley 2a de 1991, "Por la cual se modifica la ley 9a. de 1989", mantiene la prelación del PLAN DE DESARROLLO expedido por la Areas Metropolitanas sobre los planes que adoptaren los municipios que las integran, **en las materias que son de competencia de las respectivas Areas**, según el siguiente texto:

> En las Areas Metropolitanas el plan de desarrollo expedido por la Junta Metropolitana prevalecerá sobre los planes que adoptaren los municipios que integran el área en las materias que son de competencia de las respectivas áreas (Artículo 1o. inciso primero, ibídem).

3. La Constitución Política de 1991 concibió a las Areas Metropolitanas como **entidades administrativas** que podrán organizarse por dos o más municipios (su-

prime la condición de que deban pertenecer a "un mismo departamento"), siempre que tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de unidad, y con estos objetivos: programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano.

El artículo 319 de la Carta Política agrega que será la Ley de Ordenamiento Territorial, la encargada de adoptar para las Areas Metropolitanas un régimen administrativo y fiscal de carácter especial. Mientras ello no ocurra, las normas legales de tal naturaleza expedidas para las Areas Metropolitanas, subsisten y conservan su fuerza jurídica, con la advertencia obvia de que no sean contrarias a la nueva normatividad constitucional.

La Constitución de 1991 orientada, entre otros principios, por los de descentralización y de reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales de la República (artículos 1o. y 286), de conformidad con los cuales se otorga al municipio el tratamiento de entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado (artículo 311), de manera expresa asignó a los municipios, por intermedio de sus respectivos Concejos, la competencia para regular los usos del suelo. En este sentido, según su artículo 313 corresponde a los Concejos:

> 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.

La disposición transcrita consta de dos partes: la primera, o sea la de "reglamentar los usos del suelo", es competencia de los Concejos Municipales, que conviene incluir dentro de los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, a que se refiere el numeral 2, del mismo artículo; y la segunda, de vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, que debe ser ejercida dentro de los límites que fije una nueva ley. (A esta última función se refirió la Sala en la consulta número 453 de 6 de agosto de 1992).

La Sala considera, sin embargo, que la competencia específica otorgada por la nueva Constitución a los Concejos, no deber ser interpretada como una facultad excluyente, sino concordante con la atribuida a las Areas Metropolitanas para programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad.

Por consiguiente, la regulación del suelo y la preservación del medio ambiente son finalidades comunes al municipio y al Area Metropolitana, susceptibles de ejercerse conforme a criterios de solidaridad y bien común.

Siempre que el municipio, titular de la potestad de "reglamentar los usos del suelo", se integre en un Area Metropolitana o eventualmente, constituya con otros municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento, una provincia, deberá complementar tal atribución con las de orden

superior correspondientes a dichas entidades, administrativa la una y territorial la otra.

En caso de presentarse un conflicto de intereses, el Area y la Provincia tendrán la debida prelación en las materias de su competencia.

LA SALA RESPONDE:

Corresponde a los municipios, por intermedio de los respectivos Concejos, reglamentar los usos del suelo en su jurisdicción.

Dicha competencia, sin embargo, deberá ser coordinada con las Areas Metropolitanas cuando los municipios formen parte de ellas, de modo que las actuaciones se conformen a criterios de solidaridad y bien común.

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*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Autorizada su publicación el 16 de octubre de 1992

NOTARIO-Inhabilidades/CONTRALOR DEPARTAMENTAL/CONTRALOR DISTRITAL/CONTRALOR MUNICIPAL

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal no puede desempeñar el empleo de notario en el respectivo departamento, distrito o municipio sino un año después de haber cesado en sus funciones. El artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960 está subrogado por el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política en cuanto comprendió cargos de contralor departamental distrital o municipal.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., trece de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Radicación No. 462

Referencia: Consulta relacionada con las inhabilidades de los Contralores.

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

> "El ministerio de Gobierno desea conocer el criterio de esa H. Sala en relación con la aplicación del artículo 272 de la Constitución Política en lo relativo a personas que se han desempeñado como contralores y dentro del año siguiente ocupan cargos en la entidad en la cual ejercían el control fiscal.

El artículo 272 citado establece en uso de sus incisos:

> "Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones".

Por otra parte el decreto ley 1713 de 1960, en su artículo 7o. dispone:

> "Los funcionarios de la Contraloría General de la República o de las contralorías departamentales y municipales, que hayan ejercido el control público de entidades oficiales o semioficiales, o de empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellas, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

Con fundamento en la normas anteriores, se consulta:

> 1. Las personas que han desempeñado el cargo de contralores departamentales o municipales en propiedad, pueden ser designados notarios para ejercer sus funciones en el departamento o municipio en el cual ejerció el control fiscal dentro del año inmediatamente anterior?
>
> 2. Frente al texto del inciso transcrito del artículo 272 de la Constitución Política, el artículo 7o. del decreto ley 1713 de 1960 quedó derogado por cuanto éste último se refiere a todos los funcionarios que hayan ejercido el control fiscal, en propiedad o encargados y la norma constitucional únicamente inhabilite al contralor en propiedad".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En la Constitución de 1991 corresponde al Congreso "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos" (Artículo 150, ordinal 23).

Pero hay casos en que la Constitución misma regula calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos como son los previstos por los artículos 267, incisos 5o. y 6o. y 272 inciso 5o. y siguientes. Al tenor del primero citado quien haya ejercido en propiedad el cargo de Contralor General no podrá desempeñar empleo público alguno y al tenor del segundo "no podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público del orden nacional, salvo la docencia en el año inmediatamente anterior a la elección, según el artículo 272, Incisos 5o. y siguientes, "ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato. Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas al ejercicio de la vigencia fiscal".

"Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y **las demás calidades que establezca la ley".**

"No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia".

"Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones".

De los incisos transcritos, 8o. del Artículo 267 y 7o. del 272, proviene la modificación del artículo 7o. del Decreto ley 1713 de 1960 según el cual los funcionarios de las contralorías de todos los órdenes no podían ser nombrados ni prestar sus servicios en las entidades por ellos controladas sino después de un año de haberse retirado.

Efectivamente, las normas constitucionales sólo se refieren a los contralores y no a los funcionarios de las contralorías, en general; a las inhabilidades que establecen derivan, para ser elegido contralor general, de haber ejercido específicamente, control fiscal, sino de ser o haber sido miembro del congreso u ocupado cargo público del orden nacional un año antes de la elección; para los contralores departamental, distrital o municipal, de ser o haber sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba elegirlos u ocupado cargo público del respectivo orden.

Desde luego, el desempeño del control fiscal en entidades sujetas al mismo inhabilita a cualquier otro funcionario que lo haya ejercido para prestar a ellas sus servicios durante el año siguiente al retiro, pues así lo dispone el artículo 42 del Decreto 3130 de 1968.

La causal de inhabilidad constituida específicamente por la ley para ser designado notario resulta del desempeño, en el año inmediatamente anterior del cargo de ministro, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o magistrado fiscal de Tribunal Superior (artículo 134 Decreto Ley 960 del 1970).

Del desempeño en propiedad, en el año inmediatamente anterior, del cargo de contralor departamental, distrital, o municipal, resulta la inhabilidad establecida por el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política, para desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio.

Esta referencia locativa de la norma al desempeño de "empleo oficial alguno" y este último adjetivo, que se aplica indeterminadamente, equivale en el sentido dispositivo de la norma a que la inhabilidad comprende el desempeño de todo empleo oficial, sin distinción de orden o categoría, como el notario. Es claro que los notarios son empleados públicos porque las notarías son servicios públicos desempeñados por personas que ejercen función pública, sometidos a un estatuto de carrera en el cual el nominador es el Estado, que a su vez cumple la inspección y vigilancia de la notarías, como se deduce del Título V, capítulo 2o. de la constitución y del Decreto Ley 960 de 1970. Por lo tanto, quien haya ocupado el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar el cargo de notario, durante el año siguiente a la cesación de funciones, en el respectivo departamento, distrito o municipio.

Por lo expuesto, la Sala concreta su respuesta a los aspectos consultados así:

1) Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal no puede desempeñar el empleo de notario en el respectivo departamento, distrito o municipio sino un año después de haber cesado en sus funciones.

2) El artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960 está subrogado por el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política en cuanto comprendió cargos de contralor departamental, distrital o municipal.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

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 de la Sala

Autorizada su publicación el 19 de octubre de 1992.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Naturaleza/**HERMENEUTICA JURIDICA**

La excepción de inconstitucionalidad, prescrita por el artículo 4o. de la Constitución —215 de la anterior Carta Política— consiste en la inaplicación que hace un funcionario u órgano administrativo o judicial, de la disposición aplicable al caso, por considerarla insconstitucional para proferir su decisión con fundamento en la Constitución. La disposición inaplicada subsiste pero en el caso específico, es reemplazada por la de carácter constitucional. Por consiguiente, la excepción de inconstitucionalidad es un criterio de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano, judicial o administrativo, preferir una disposición constitucional sobre otra posterior de inferior jerarquía para proferir su decisión en un caso determinado. De donde se deduce que su efecto no es genérico sino específico y que por lo mismo, se agota con la decisión.

SENTENCIA DE TUTELA-Cumplimiento/**DERECHO AL TRABAJO/ EMPLEO DE CARRERA/DERECHO PREFERENCIAL**

Como la persona primeramente designada en un caso de carrera la ejerce con base en un acto que se reputa y válido, mientras no sea suspendido o anulado por el órgano competente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no está vacante como para que en él pueda ser designada la persona que ocupó el primer puesto en el concurso realizado para proveerlo y que obtuvo sentencia favorable de la Corte Constitucional. Existe a este respecto, una imposibilidad jurídica para designarla en el mencionado cargo. En consecuencia, con el objeto de cumplir la sentencia proferida por la Corte Constitucional, la persona en cuyo favor se decidió la acción de Tutela, según el artículo 48 del Decreto-Ley 2400 de 1968, tendrá "derecho preferencial" a ser designada, cuando esté vacante, el cargo para el cual concursó, o en otro de igual categoría que exista o se cree posteriormente.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., trece de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 464

Referencia: Consulta del Departamento Administrativo del Servicio Civil, relacionada con los efectos de la acción de tutela (inaplicación del art. 2o. de la resolución 350 de 9 de julio de 1982 y el art. 210 del Decreto 1950 de 1973).

Se absuelve la consulta que el señor Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

> "Toda vez que la Acción de Tutela es una institución de reciente creación constitucional, y sobre sus efectos no existen antecedentes jurisprudenciales ni doctrinarios distintos de los contenidos en las sentencias que para cada caso en particular ha proferido la Corte Constitucional, éste departamento requiere tener la claridad respecto de los que, en materia de administración de personal y específicamente sobre carrera administrativa, debe producir la reciente sentencia proferida el 19 de junio de 1992 por la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, dentro del expediente T-298.

Dicen los puntos 2o. y 3o. de la parte resolutiva de la citada sentencia:

> "SEGUNDO. Ordenar la inaplicación del parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 del 9 de julio de 1982 y del artículo 210 del Decreto reglamentario 1950 de 1973 por ser incompatibles con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.
>
> "Tercero. Conceder la tutela de su derecho a la igualdad de oportunidades y su derecho fundamental al trabajo al señor....., y, en consecuencia, ordenar al instituto..... por medio de su Gerente General que en el término de un (1) mes a partir de la notificación de esta Sentencia, proceda a nombrar al mencionado señor en el cargo para el cual se presentó a concurso público y ocupo el primer lugar".

De acuerdo con la decisión contenida en los puntos segundo y tercero de la Sentencia, se consulta:

a) la inaplicabilidad de las disposiciones allí citadas debe tener efectos erga ommes o, por el contrario, sólo se surtirán con relación al caso objeto de la acción de tutela concedida?

b) El ordenarse, por parte de la Corte Constitucional, la inaplicación de unas normas conlleva necesariamente a que el Gobierno Nacional deba proceder a derogarlas o a modificarlas, según el caso?

c) Esta decisión de inaplicabilidad de las normas debe producir los mismo efectos de la declaratoria de nulidad que por violación a la Constitución o la ley ordena la Jurisdicción Contenciosa Administrativa?

d) De otra parte y teniendo en cuenta la decisión de la Corte Constitucional, se consulta igualmente, cómo debe proceder la administración respecto de la persona que en virtud de un concurso y sin haber ocupado el primer puesto en el mismo es nombrada en un cargo de carrera?. Debe revocarse dicho nombramiento?; o demandarse al acto de nombramiento ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, con fundamento en el pronunciamiento de la Corte Constitucional?.; o debe mantenerse a dicho empleado en el cargo?".

Como el proyecto de concepto presentado a la consideración de la Sala por el señor Consejero doctor Javier Henao Hidrón no fue aprobado, se dispuso pasar la consulta al nuevo ponente.

LA SALA CONSIDERA:

1o.) La acción de tutela, instituida, por el artículo 86 de la Constitución, tiene por objeto proteger los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la misma Carta.

Procede, contra las actuaciones u omisiones de las autoridades que infrinjan cualquiera de esos derechos en contra de determinadas personas. Pero no es posible intentarla cuando la omisión o la actuación puede controvertirse ante una de las jurisdicciones del país ni, a *fortiori*, contra las providencias judiciales.

Sin embargo, aunque exista posibilidad de otra acción, es posible promover la de tutela, con carácter transitorio, para impedir un perjuicio irreparable. El Decreto 2591 de 1991 lo define como el que sólo puede ser satisfecho mediante indemnización. Como los actos administrativos, según la Constitución (artículos 237 y 238), pueden ser suspendidos o anulados por los órganos competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no están en posibilidad de producir perjuicios irreparables, tampoco procede controvertirlos mediante acción de tutela.

En consecuencia, la acción de tutela es residual o complementaria de las jurisdicciones del país y tiene por objeto específico proteger derechos personalísimos, reconocidos expresamente como fundamentales por la Constitución, que no pueden hacerse valer o reconocer mediante otra acción. De este modo la acción de tutela armoniza con las demás que proceden ante las jurisdicciones del país y hace posible controvertir, breve y sumariamente, las actuaciones y omisiones de las autoridades por violación de derechos fundamentales, prescritos por la Constitución, que por su carácter personal, sin directo significado económico, antes no se protegían mediante acción.

2o.) En el caso objeto de consulta, la Corte Constitucional, mediante sentencia de 19 de junio de 1992, resolvió "ordenar la inaplicación del parágrafo del artículo 2o. de la resolución 350 de 9 de julio de 1982 y del artículo 210 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 por ser incompatibles con el principio de igualdad

consagrado en el artículo 13 de la Constitución" (ordinal 2) y conceder al actor "la tutela de su derecho a la igualdad de oportunidades y a su derecho fundamental al trabajo" y, en consecuencia, ordenó al correspondiente funcionario que, en el término de un mes, contado desde la fecha de notificación de la sentencia, nombre al actor "en el cargo para el cual se presentó a concurso público y ocupó el primer puesto: "(ordinal 3o).

Según el contexto de la consulta, se pregunta sobre los efectos de la decisión de no aplicar, por inconstitucionales, las disposiciones a que se refiere el ordinal 2o de la parte resolutiva de la mencionada sentencia y acerca de lo que la administración deba resolver, ante la orden, dispuesta por el ordinal 3o. del mismo fallo, de incorporar en un determinado cargo de carrera a quien obtuvo el primer puesto en el concurso realizado para proveerlo, en relación con la persona que lo ejerce a consecuencia del mismo concurso, sin que hubiera obtenido el primer puesto y sin que la Corte Constitucional declarara —o la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, en rigor jurídico, según la Constitución y la ley es la competente— la nulidad de su nombramiento.

3o.) La Sala considera que la Corte Constitucional ordenó no aplicar el parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 de 9 de julio de 1982 y el artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 por estimar que contrariaban el artículo 13 de la Constitución; Que esta disposición constitucional es de superior jerarquía y posterior a la resolución y al decreto mencionados y que, en consecuencia, si la Corte Constitucional consideraba que estos eran contrarias a aquella, en lugar de disponer su inaplicación, debió considerarlos subrogadas por la Constitución; pues, como verifica y transcribe el artículo 9o de la ley 153 de 1887, "La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o su espíritu, se desechará como insubsistente".

4o.) La excepción de inconstitucionalidad, prescrita por el artículo 4o. de la Constitución —215 de la anterior carta política— consiste en la inaplicación que hace un funcionario u órgano, administrativo o judicial, de la disposición aplicable al caso por considerarla inconstitucional para proferir su decisión con fundamento en la Constitución. La disposición inaplicada subsiste, pero en el caso específico, es reemplazada por la de carácter constitucional. Por consiguiente, la excepción de inconstitucionalidad es un criterio de hermenéutica jurídica que permite al funcionario u órgano, judicial o administrativo, preferir una disposición constitucional sobre otra posterior de inferior jerarquía para proferir su decisión en un caso determinado. De donde se deduce que su efecto no es genérico sino específico y que, por lo mismo, se agota con la decisión.

En el caso objeto de consulta, aunque la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de julio de 1992 resolvió, en el ordinal 2o., "ordenar la inaplicación del parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 de 9 de julio de 1982 y del artículo 210 del Decreto reglamentario 1950 por ser incompatible con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución", en realidad, según el artículo 4o. de la Constitución, *la excepción de inconstitucionalidad sólo podía*

surtir efectos en la misma sentencia: proferirla, no con fundamento en las disposiciones inaplicadas, sino en el artículo 13 de la Constitución. Además, *la excepción de inconstitucionalidad produjo todos sus efectos en la sentencia y no requiere, por lo mismo, actos de obedecimiento o cumplimiento posterior.*

5o.) Según el contexto de la consulta, la sentencia de la Corte Constitucional de 19 de julio de 1992 ordenó designar en un cargo de carrera a la persona que obtuvo el primer puesto en el correspondiente concurso, sin que hubiere declarado la nulidad del acto por el cual otro de los concursantes fue nombrado en el mismo cargo de carrera.

Como la persona primeramente designada en un cargo de carrera la ejerce con base en un acto que se refuta válido, mientras no sea suspendido o anulado por el órgano competente de la jurisdicción de los contencioso administrativo, no está vacante como para que en el pueda ser designada la persona que ocupó el primer puesto en el concurso realizado para proveerlo y que obtuvo sentencia favorable de la Corte Constitucional. Existe, a este respecto, una imposibilidad jurídica para designarla en el mencionado cargo.

En consecuencia, con el objeto de cumplir la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 19 de junio de 1992, la persona en cuyo favor se decidió la acción de tutela, según el artículo 48 del Decreto-ley 2400 de 1968, tendrá "derecho preferencial" a ser designada, cuando esté vacante, en el cargo para el cual concursó, o en otro de igual categoría que exista o se cree posteriormente.

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, Javier Henao Hidrón, con salvamento de voto, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

Autorizada su publicación el 21 de octubre de 1992

SENTENCIA DE TUTELA-Cumplimiento/REVISION DE SENTENCIA DE TUTELA-Efectos/DERECHO AL TRABAJO/(Salvamento de Voto).

La inaplicabilidad de las disposiciones citadas en la sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional —Exp. T-298— (se refiere al artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 y al parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 de 1982, solo se surtirán con relación al caso específico objeto de la acción de tutela. La inaplicación de las normas citadas, ordenada por una Sala de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, no conllevan necesariamente a que el Gobierno Nacional deba proceder a derogarlas o modificarlas, pero si deben ser interpretadas por las autoridades públicas encargadas de proveer empleos de carrera administrativa, en el sentido y con los alcances establecidos en la jurisprudencia respectiva. La inaplicabilidad de normas ordenada por la Corte Constitucional en ejercicio de la atribución de revisar fallos de tutela en ningún caso puede producir los mismos efectos atribuidos por la Constitución y la ley a la declaratoria de nulidad de actos administrativos, cuya competencia por la jurisdicción de lo contenciosos administrativo es exclusiva y excluyente. La entidad pública nominadora debe, dentro del plazo señalado en la sentencia, proceder a nombrar en el cargo respectivo a quien ocupó el primer lugar en el concurso y obtuvo la protección

SALVAMENTO DEL VOTO DEL DR. JAVIER HENAO HIDRON

Ref.: Consulta sobre los efectos de la acción de tutela. Radicación No. 464

Con el debido respeto incluyo como salvamento de voto, la ponencia que presenté a la consideración de la Sala de Consulta. Dice así:

1. La Asamblea Nacional Constituyente reunida en 1991, creó con el nombre de "Acción de Tutela", un derecho público subjetivo que habilita a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando

quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, en ciertos casos, también por particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecta grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

2. Convertida en el artículo 86 de la Constitución Política, el desarrollo legislativo de la acción de tutela se hizo mediante el Decreto-ley 2591 de 1991, de conformidad con el cual la "eventual revisión" de las sentencias de tutela que corresponde a la Corte Constitucional, se hará mediante Salas integradas por tres magistrados designados del seno de aquella Corporación.

3. Fue precisamente la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional la que, con fecha 19 de junio de 1992, por mayoría de votos profirió la sentencia de tutela cuyos alcances son materia de la consulta, en lo concerniente a la inaplicabilidad de las normas allí citadas y al tratamiento que debe darse a la persona que sin haber ocupado el primer puesto en un concurso, es nombrada en un cargo de carrera y luego el ganador del concurso obtiene de la autoridad judicial la protección de su derecho de trabajo.

Por medio de dicha sentencia, la Sala Séptima de Revisión resolvió "ordenar la inaplicación", o mejor, ella misma inaplicar dos normas jurídicas (el artículo 210 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y el parágrafo del artículo 2o. de la Resolución 350 de 1982) con el fin de conceder la tutela de su derecho a la igualdad de oportunidades y de su derecho fundamental al trabajo a una persona natural que obtuvo el primer puesto en un concurso organizado por una entidad pública, no obstante lo cual ésta había nombrado a otro de los candidatos, en ejercicio del poder discrecional que le otorgaban las disposiciones mencionadas para designar "a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formada por concurso abierto".

Como fundamento del fallo precitado, la respectiva Sala de Revisión consideró que el margen de discrecionalidad de que goza el nominador no puede ser tan amplio, que pueda dar lugar a un tratamiento discriminatorio, pues en tal caso se estaría contrariando el artículo 13 de la Constitución. El trato diferente —precisó— debe ser objetiva y razonablemente justificado.

Y agregó: "Si se demuestra que dicho trato diferente no está objetiva y razonablemente justificado, la respectiva actuación deberá ser excluida del ordenamiento por ser violatoria del principio de igualdad".

O en otros términos: "La igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable", debiendo guardarse la debida proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Por consiguiente —concluyó la Sala de Revisión—, en tratándose de concursos públicos para acceder a un cargo, el criterio principal que debe aplicarse es el de la "eunomía" o ley del mejor, según la cual, los méritos personales determinan quien será el opcionado para ejercer las funciones públicas. Y si la entidad estatal no puede proveer el empleo por ascenso debe asumir la carga de la prueba y de la

argumentación para no respetar la situación diferencial que se presenta entre los candidatos elegibles.

Fue así como la autoridad judicial ordenó a la respectiva entidad pública que procediera a nombrar al titular de la acción de tutela en el cargo para el cual se presentó a concurso y ocupó el primer lugar.

4. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, con la finalidad de conceder al actor de la acción de tutela la protección de su derecho a la igualdad de oportunidades y de su derecho fundamental al trabajo, resolvió como cuestión previa y con efectos para el caso concreto, inaplicar las disposiciones que específicamente regulan la provisión de empleos de carrera administrativa, es decir que, el artículo 210 del Decreto 1950 de 1973, norma ésta que reglamenta los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 sobre administración del personal civil y la Resolución 350 de 1982 parágrafo del artículo 2o., emanada del Departamento Administrativo del Servicio Civil y que, básicamente, reproduce el precepto contenido en el artículo 210 del Decreto primeramente citado. Aunque cabría preguntarse: la inaplicación del Decreto y de la resolución se debe a que estas normas se consideran inconstitucionales? entonces en este evento se debió decir que fueron subrogadas por la nueva Constitución. Más si se trataba únicamente de interpretarlas en consonancia con la nueva Constitución, partiendo del presupuesto de que su tenor literal no es violatorio de la "norma de normas", entonces porqué se las inaplica?.

En esencia, en las normas inaplicadas se dispone: "cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formada por concurso abierto (.....). Hecho uno o varios nombramientos, el grupo se reintegrará con los nombres de la lista general que sigan en orden descendente".

Dado que la Constitución de 1991 conserva como competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, otorgando la titularidad al Consejo de Estado, el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, por una parte (ibídem) artículo 237-3); y que, por otra parte, las sentencias de la Corte Constitucional solamente tienen efectos generales o **erga omnes** cuando son pronunciadas por la Corporación en pleno, en ejercicio de la potestad de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241, ibídem), resulta evidente que los fallos de tutela, mediante los cuales se procura hacer efectiva la protección y aplicación de aquellos derechos humanos considerados como fundamentales, tienen un alcance reducido al derecho que ha sido objeto de amenaza o violación y, por tanto, la inaplicación de normas, a manera de una excepción de inconstitucionalidad, únicamente puede producir efectos jurídicos en un determinado procedimiento de tutela.

Se infiere, por tanto, que el artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 y el parágrafo del artículo 2o. de la resolución 350 de 1982, íntimamente relacionados entre si, conservan su vigencia y efectos jurídicos. Pero en los sucesivo deben ser interpretados de conformidad con los términos y alcances de la sentencia proferida por

la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, por cuanto es de la esencia de la "eventual" revisión de fallos de tutela, la unificación de la jurisprudencia constitucional, con el fin de que ella sirva de guía en la defensa y aplicación de los derechos fundamentales de la persona.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, **se responde**:

a. La inaplicabilidad de las disposiciones citadas en la sentencia de tutela proferida el 19 de junio de 1992 por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en el Expediente T-298 (se refiere al artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 y el parágrafo del artículo 2o. de la resolución 350 de 1982), sólo se surtirán con relación al caso específico objeto de la acción de tutela.

b. La inaplicación de las normas citadas ordenada por una Sala de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, no conlleva necesariamente a que el Gobierno Nacional deba proceder a derogarlas o modificarlas, pero si deben ser interpretadas por las autoridades públicas encargadas de proveer empleos de carrera administrativa, en el sentido y con los alcances establecidos en la jurisprudencia respectiva.

c. La inaplicabilidad de normas ordenada por la Corte Constitucional en ejercicio de la atribución de revisar fallos de tutela, en ningún caso puede producir los mismos efectos atribuidos por la constitución y la ley a la declaratoria de nulidad de actos administrativos, cuya competencia por la jurisdicción contencioso administrativa es exclusiva y excluyente.

d. La sentencia proferida por una Sala de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, como toda sentencia ejecutoriada, es de obligatorio cumplimiento. La entidad pública nominadora debe, por tanto, dentro del plazo señalado en la sentencia, proceder a nombrar en el cargo respectivo a quien ocupó el primer lugar en el concurso y obtuvo la protección judicial de su derecho al trabajo.

En cuanto al empleado que sin haber ocupado el primer puesto en el concurso fue nombrado en un cargo de carrera, es de advertir que su nombramiento no ha sido controvertido judicialmente y que acerca del mismo, nada dispuso la sentencia a que se alude. Ahora bien: si dicho empleado se encuentra debidamente inscrito en el escalafón, le son aplicables el Decreto-Ley 2400 de 1968, artículo 48 y su reglamentación contenida en el Decreto 1950 de 1973, artículo 244 numeral 4. Por consiguiente adquirió el derecho a ser nombrado sin solución de continuidad en otro empleo de carrera, equivalente tanto en las funciones como en las calidades exigidas para su desempeño, que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional; en caso de que no sea posible su designación por no haber empleo o por no existir en las condiciones anotadas, deberá ser nombrado, dentro de los seis (6) meses siguientes, en el primer empleo de carrera, similar, que se cree o en el que se produzca vacante definitiva.

Santafé de Bogotá, trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y dos 1992.

Javier Henao Hidrón.

MONUMENTOS NACIONALES-Inalienabilidad/**BIEN PUBLICO**-Inalienabilidad/**PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION.**

Los inmuebles de propiedad de la Nación declarados monumentos nacionales por su importancia histórica, están comprendidos en las prescripciones del artículo 72 de la Constitución Nacional, por lo mismo, son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no pueden ser objeto de venta en los términos de la Ley 124 de 1985.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá D.C., octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Ref.: Radicación No. 467. Consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte sobre venta de bienes inmuebles de la Nación que han sido declarados monumentos nacionales por su importancia.

El Ministro de Obras Públicas y Transporte formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. La Nación es propietaria de un bien inmueble que fue declarado monumento nacional por su importancia histórica, según el Decreto 2849 de 1984 tomando como facultad legal para ello el artículo 6o. de la Ley 163 de 1959.

2. El artículo 72 de la Constitución Política establece: "el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La Ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica".

3. La Ley 124 de 1985 en su artículo 1o. autorizó al gobierno para enajenar los inmuebles de propiedad de la Nación que no sean necesarios o adecuados para el servicio público y para incorporar su producto al Fondo de Inmuebles Nacionales.

La Consulta:

"Los inmuebles de propiedad de la Nación decretados por norma legal monumentos nacionales por su importancia histórica, están comprendidos dentro de las prescripciones del art. 72 de la Constitución Política y por lo tanto se consideran inalienables, inembargables e imprescriptibles?".

Si no lo están, puede ser objeto de venta en los términos del artículo 1o. de la ley 124 de 1985?.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.) El artículo 72 de la Constitución Nacional dispone que: "El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La Ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentre en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica".

2.) La Ley 163 de 1959 declaró "patrimonio histórico y artístico nacional a los monumentos, tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, **que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas, y que se hallan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional**" (art. 1o.).

3.) El artículo 6o. de la citada Ley 163 de 1959 dispone que el Consejo de Monumentos Nacionales —dependencia creada por esta Ley— podrá proponer la calificación y declaración como monumentos nacionales de sectores, de ciudades, zonas o accidentes geográficos o inmuebles, lo cual se llevará a efecto por medio de decretos expedidos por el Ministerio de Educación Nacional.

4.) En cumplimiento de las disposición del artículo 6o. citado, el Presidente de la República y el Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto 2849 de 1984, declararon monumento nacional por su importancia histórica el Edificio de la Aduana y la antigua Estación del Ferrocarril Montoya, ubicados en la ciudad de Barranquilla, departamento del Atlántico. De este modo, el carácter de monumento nacional coloca a los inmuebles mencionados bajo la protección del Estado para su defensa y conservación como patrimonio histórico y artístico de la Nación, lo que implica que cualquier obra que pretenda realizarse para su restauración deberá someterse a las normas de la ley 163 de 1959 (art. 2o. Dcto. 2849/84).

Del mismo modo en orden a su carácter de bienes culturales que conforman la identidad nacional, no pueden enajenarse, ni embargarse, ni sobre ellos se puede generar prescripción, en atención a lo prescrito por el artículo 72 de la Constitución Nacional. Ello está en armonía con el artículo 63 de la misma Carta al decir que "los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación

y los demás bienes que determina la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables...".

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en la siguiente forma:

Los inmuebles de propiedad de la Nación declarados monumentos nacionales por su importancia histórica, están comprendidos en las prescripciones del artículo 72 de la Constitución Nacional, y por lo mismo, son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no pueden ser objeto de venta en los términos de la Ley 124 de 1985.

Transcríbase en sendas copias al señor Ministro de Obras Públicas y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Autorizada la publicación el 29 de octubre de 1992

DERECHOS DE AUTOR/REGISTRO NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR/DOCUMENTO PUBLICO/RESERVA LEGAL/DERECHO DE PETICION/PROPIEDAD INTELECTUAL-Régimen Aplicable/**PROGRAMA DE BASE DE DATOS/SOFTWARE**-Protección.

Toda persona tiene derecho a consultar y obtener copia de los documentos públicos, salvo los que tengan carácter reservado de conformidad con la Constitución y la Ley. La ley 23 de 1982 protege los derechos de autor de obras literarias, artísticas, científicas, en las cuales están incluídas todas las que son creación intelectual del hombre que puedan reproducirse o difundirse por cualquier medio de expresión. Estas obras no son documentos públicos. En consecuencia, mientras estos se rigen, en cuanto a su publicidad, por la ley 57 de 1985, la propiedad intelectual está regulada por la ley 23 de 1982. El registro no es necesario para que se ejerza la protección establecida por la citada Ley 23 de 1982. Los programas de bases de datos son obras que también se encuentran protegidas por las disposiciones de la Ley 23 porque son producto de la creatividad intelectual del hombre. El deseo del autor de conservar inédita o anónima una obra, implica la imposibilidad de darle publicidad mientras esa sea su voluntad. De este modo el ejemplar de la obra que haya sido entregado a la oficina de Registro, deber conservarse conforme a la voluntad del autor. Las bases de datos que ha confeccionado la Oficina de Registro Nacional de Derechos de Autor pueden, en principio, ser consultadas por las personas interesadas porque son documentos de carácter público que, de acuerdo con la ley 57 de 1985, son de conocimiento general, mientras no tenga carácter reservado, dispuesto por la Constitución o la ley. Pero si las bases de datos versan sobre obras que, por voluntad de sus autores, deben permanecer inéditas o anónimas, de conformidad con la Ley 23 de 1982, tiene carácter reservado y, por lo mismo, jurídicamente no es posible suministrar sobre ellas ninguna información.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 465

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, en relación con la interpretación y aplicación de algunas normas contenidas en la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor y Ley 57 de 1985 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales.

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

> "Por medio de la presente y en atención a lo dispuesto en los artículos 237o. numeral 3o. de la Constitución Nacional y 98o numeral 2o. del Código Contencioso Administrativo, de manera respetuosa me permito someter a consideración de la Honorable Sala, la siguiente consulta relacionada con la interpretación y aplicación de algunas normas contenidas en la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, en la Ley 57 de 1985 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales y las correspondientes del Código Contencioso Administrativo, previas las siguientes consideraciones:
>
> 1o. La ley 23 de 1982 establece protección a los autores de obras literarias y artísticas desde el mismo momento de la creación y sin necesidad de requisito adicional alguno (artículo 2o. y 9o. *ibídem).*
>
> En virtud de lo anterior se le conceden al autor dos tipos de prerrogativas a saber: Unas de orden patrimonial que le permiten al creador autorizar o prohibir cualquier forma de utilización que de la obra se pueda realizar tales como su reproducción, traducción, adaptación, etc. (artículos 12o. y 76o. *ibídem*) y otras, de orden moral de carácter perpetuo inalienable e irrenunciable para reivindicar en todo tiempo la paternidad sobre su obra, oponerse a toda deformación o mutilación y a conservarla inédita o anónima hasta su fallecimiento o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria, entre otras (artículo 30o ley 23 de 1982).
>
> 2o. A su turno la Ley en comento estableció en los artículos 190o y siguientes, los procedimientos pertinentes para inscribir en el Registro Nacional del Derecho de Autor, entre otras obras, las inéditas, consagrando el artículo 198o *ibídem* la necesidad de allegar para su trámite de inscripción, un ejemplar de ella con la firma autenticada del autor, el cual es guardado bajo llave y sin posibilidad de consulta ante la manifestación de ineditud del creador de conformidad con el derecho moral que le asiste.
>
> 3o. Asimismo la Dirección Nacional del Derecho del Autor de este Ministerio, dispone de una base de datos de carácter referencial en donde se incluye la información ateniente a las casi 300.000 inscripciones existentes de 1886 de las diferentes obras literarias inéditas y editadas, obras artísticas, musicales, cinematográficas, *software*, etc.

Así las cosas, se pregunta a la honorable Sala lo siguiente:

Si tenemos en consideración el derecho de petición consagrado en el artículo 23o. de la Constitución Nacional y el artículo 12o. de la ley 57 de 1985 que determina el derecho de toda persona de consultar y solicitar copia de los documentos que reposen en las oficinas públicas; salvo que tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la Ley, podría afirmarse que el artículo 30o. de la ley 23a. de 1982 le da carácter reservado a las obras inéditas entregadas a la dirección nacional del derecho de autor para su inscripción en el registro de obras?.

En el mismo sentido, es posible que un particular pida copia de la totalidad o parte de la base de datos referencial sobre el registro nacional del Derecho de autor, teniendo en cuenta que es aceptada la protección de las bases de datos por el derecho de autor?".

LA SALA CONSIDERA:

1o) La ley 57 de 1986 regula la publicación de los documentos oficiales, el derecho de toda persona a "consultar los documentos que reposan en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la Ley"; la reserva subsiste por 30 años y a su finalización el documento adquiere carácter histórico y público (artículos 12 y 13 de la ley 57 de 1985).

2.) La ley 23 de 1982 prescribe que los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozan de protección para sus obras en la forma que determina.

El artículo 2o. de la ley 23 de 1982 dispone que "los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprender todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza... y en fin toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer".

3o. El artículo 3o. de la ley 23 de 1982 reconoce en los derechos de autor y define su alcance, a saber:

> "A) De disponer de sus obras a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte.
>
> "B) De aprovecharla con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer.
>
> "C) De ejercer las prerrogativas aseguradas por esta ley, en defensa de su "derecho moral", como se estipula en el capítulo II, sección segunda, artículo 30 de esta ley".

El artículo 4o. de la misma ley, correlativamente, determina las personas que son titulares del derecho de autor. Además, el artículo 30 *ibídem* dispone que es "perpetuo, inalienable e irrenunciable", y su letra C) prescribe que el autor de la obra tendrá entre otros derechos,el de "conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria".

4o) El capítulo XV de la ley 23 de 1982 regula el Registro Nacional de Derechos de Autor y el artículo 193 *ibídem* dispone que su objeto consiste en "dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley" y en "dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de propiedad intelectual y a los actos y documentos que a ellos se refieran".

Además, el artículo 76 de la ley 23 de 1982 prescribe: "los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

A. La edición, o cualquier otra forma de reproducción;

B. La traducción, arreglo o cualquier otra forma de adaptación;

C. La inclusión en película cinematográfica, videograma, cinta video, fonograma o cualquier otra forma de fijación y

D. La comunicación al público, por cualquier procedimiento o medios tales como:

1. La ejecución, representación, recitación o declamación;

2. La radiodifusión sonora o audiovisual;

3. La difusión por parlantes telefonía con o sin cables, o mediante el uso de fonógrafos, equipos de sonido o grabación y aparatos análogos, y

4. La utilización pública por cualquier otro medio de comunicación o reproducción conocido o por conocerse".

5o.) De lo expuesto se deducen los siguientes principios:

- Toda persona tienen derecho a consultar y obtener copia de todos los documentos públicos, salvo los que tengan carácter reservado de conformidad con la Constitución y la ley.

- La ley 23 de 1982 protege los derechos de autor de obras literarias, artísticas y científicas, en las cuales están incluidas todas las que son creación intelectual del hombre que puedan reproducirse o difundirse por cualquier medio de expresión. Estas obras no son documentos públicos. En consecuencia, mientras estos se rigen, en cuanto a su publicidad, por la ley 57 de 1985, la propiedad intelectual está regulada por la ley 23 de 1982.

- El registro no es necesario para que se ejerza la protección establecida por la citada ley 23 de 1982; sus formalidades se han establecido para "la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos" de autor (artículo 9o. ley 23 de 1982). Se protege al autor por la creación intelectual.

- Los programas de bases de datos son obras que también se encuentran protegidas por las disposiciones de la ley 23 de 1982 porque son producto de la creatividad intelectual del hombre.

- El deseo del autor de conservar inédita o anónima una obra, de conformidad con el artículo 30, letra C), de la ley 23 de 1982 implica la imposibilidad de darle publicidad mientras esa sea su voluntad. De este modo, el ejemplar de la obra, que haya sido entregado a la oficina de registro debe conservarse conforme a la voluntad del autor.

- Las bases de datos que ha confeccionado La Oficina de Registro Nacional de Derecho de Autor pueden, en principio ser consultadas por las personas interesadas, porque son documentos de carácter público, que de a cuerdo con la ley 57 de 1985, son de conocimiento general, mientras no tengan carácter reservado, dispuesto por la Constitución o la Ley. Pero si las bases de datos versan sobre obras que, por voluntad de sus autores, deben permanecer inéditas o anónimas, de conformidad con la ley 23 de 1982, tienen carácter reservado y, por lo mismo, jurídicamente no es posible suministrar sobre ellas ninguna información.

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, Roberto Suarez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, *Secretaria*

Autorizada su publicación el 30 de octubre de 1992

SERVICIO PUBLICO DE PLAZA DE MERCADO/PLAZA DE MERCADO-Construcción/**MUNICIPIO/COMPETENCIA/BIEN DE USO PUBLICO**-Inalienabilidad

Las Empresas Públicas de Bucaramanga pueden adelantar la construcción de la Casa de Mercado Central en el mismo inmueble en que hoy se presta conservando el municipio la regulación, el control y el servicio del mercado. Pero no podrá enajenar la plaza a quienes actualmente la usufructúan. La vigencia del artículo 365 de la Constitución de por si no modifica la legislación vigente sobre el particular; de consiguiente no es fundamento para proceder de forma diversa. El bien "Casa de Mercado Central" no puede ser vendida a sus inquilinos quienes carecen del derecho de ser adjudicatarios de los puestos y locales que lo conforman. Se podría variar el destino del lote donde funciona el mercadocentral y rehabilitar la zona afectada, siempre y cuando se destine al mercado público otro inmueble de características equivalentes.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No. 466

Ref: Consulta relacionada con el proyecto arquitectónico de la Casa de Mercado Central de las Empresas Públicas de Bucaramanga.

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

"ANTECEDENTES:

1.- La Administración Municipal se encuentra empeñada en adelantar un plan de renovación urbana del sector centro de la ciudad de Bucaramanga en el cual se encuentra ubicada la Casa de Mercado Central de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga, por su estado y su zona de influencia, constituye un obstáculo para el desarrollo urbanístico del centro de la ciudad por el deterioro físico de seguridad, higiene, ocupación de espacios públicos, desvalorización de la propiedad adyacente, una planta física obsoleta y deteriorada que atenta peligrosamente contra la vida y bienes de los inquilinos y usuarios de la plaza de mercado.

2.- La Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera del H. Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Libardo Rodríguez, mediante providencia del 24 de julio de 1990 declaró la nulidad de los artículo 1, 5, 7 y 8 del acuerdo número 14/83 del Concejo de Bucaramanga, que autorizaba a las empresas públicas de la citada ciudad para vender la plaza de mercado satélite del sur, por puestos o locales mediante propiedad horizontal, providencia, que según el alcalde, se enmarcó dentro de los lineamientos del régimen de la anterior Constitución ya que la citada providencia habla de vender la plaza.

3.- Teniendo en cuenta que existe la providencia citada y ante el interés de la administración de remodelar la plaza para construir una plaza de mercado, conforme al proyecto arquitectónico de protección, preparado para el efecto por cuanto la Ley 9/89 en su artículo 2o. numeral 9o establece que dentro del plan de desarrollo municipal deben incluirse áreas urbanas destinadas a la renovación y rehabilitación de zonas afectadas por el deterioro económico, físico y social, se consulta:

A.) ¿Pueden las Empresas Públicas de Bucaramanga adelantar la construcción de la Casa de Mercado Central en el mismo inmueble en que hoy deficitariamente se presta el servicio con el propósito de enajenarla a quienes actualmente la usufructúan, para que estos debidamente organizados, al tenor del artículo 365 de la Constitución Política, prestèn el servicio de mercado, conservando lógicamente el Municipio la regulación, el control y la vigilancia del servicio de mercado?.

B.) ¿Los inquilinos actuales pueden ser propietarios de los puestos y locales si las empresas públicas acometen el proyecto?

C.) ¿En caso contrario, cuál sería la figura jurídica que se necesitaría para adelantar este proyecto de rehabilitación y modernización de la zona, tan anhelada por la comunidad?".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- Antecedentes constitucionales y legales.

El artículo 63 de la Constitución Nacional dispone: "los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardos, el patrimonio arqueológico de la nación y demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

La Ley 9a. de 1989 "sobre desarrollo municipal" prevé en su artículo 1o. (inciso transitorio) la vigencia de los planes integrales de desarrollo, de los planes de desarrollo y de los planes reguladores de los municipios superiores a 100.000 habitantes, que hubiesen sido expedidos con anterioridad a su vigencia, pero con la obligación de adecuarlos a lo dispuesto en ella dentro del año siguiente, a cuando comenzó a regir. Donde no existieran tales planes se impone la obligación de presentarlos al Concejo Municipal dentro del mismo plazo.

Por su parte, el numeral 3o. del artículo 2o. de la Ley 9a. menciona, entre los aspectos que debe incluir todo plan de desarrollo, el de confeccionar un programa de inversión que contemple, entre otras cosas, el "suministro de alimentos".

Entre los elementos constitutivos del plan de desarrollo (artículo 2o. de la ley, numerales 5o. y 6o.) está la asignación de prioridades para renovar y desarrollar zonas urbanas afectadas por deterioro económico, social y físico y la conformación, incorporación regulación y conservación del conjunto de inmuebles públicos, destinados por su naturaleza, uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas.

Esta referencia de la ley, a inmuebles constitutivos del espacio público, según enunciado del artículo 5o., permite descartar anteladamente y como prioridad asignable dentro de un plan de desarrollo la enajenación de inmuebles públicos o de áreas necesarias para el mantenimiento de los servicios públicos básicos y hacer notar que las ventas a particulares autorizadas, por el artículo 36 numeral 5o., son las "... individuales... que se efectúen dentro de un programa comercial de construcción de vivienda oficinas o locales que formen parte del *conjunto habitacional...*" (subraya la sala) o dentro de proyectos de renovación urbana.

En un mismo orden de ideas, el artículo 5o. de la Ley 9a. define lo que debe entenderse por espacio público. Dispone la norma:

> "Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.
>
> "Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y

> mantenimiento de los servicios públicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementosnaturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo".

Agrega el artículo 6o.:

> "El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el concejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando *sean canjeados por otros de características equivalentes*" (subraya la Sala).

La administración y disposición de bienes inmuebles municipales, incluyendo los éjidos, están sujetos a las normas que dicten los Concejos Municipales (Decreto 1333 de 1986, artículo 167); con las limitaciones que determine la ley. Como bienes de propiedad exclusiva de los municipios, gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares, en términos del artículo 362 de la Constitución Política.

2.- El Acuerdo 014 de 1983.

Mediante el Acuerdo 014 de 30 de abril de 1983, el Concejo Municipal de Bucaramanga confirió unas atribuciones a las Empresas Públicas para vender la plaza de Mercado "Satélite del Sur". Con respecto a este asunto se acordó, en el artículo 6o.: "Autorizar al señor Gerente de las Empresas Públicas de Bucaramanga para que haga los respectivos planos y consiga la financiación para la construcción de una Plaza de Mercado moderna en el lote donde funcionaba la Casa de Mercado Central que fue arrasada por el incendio, ubicada entre las Carreras 16 y 15 con Calles 33 y 34. Y que esta tenga prelación sobre cualquier plaza que se piense construir, en acuerdo con el Código de urbanismo".

Esta autorización concedida por el Concejo Municipal de Bucaramanga encuadra dentro de las atribuciones constitucionales y los fines de un plan de desarrollo, por cuanto se limita a facultar al Gerente de las Empresas Públicas para levantar planos y obtener la financiación del proyecto de construcción de una plaza de mercado en el lote donde funcionaba la "Casa de Mercado Central, arrasada por un incendio".

Pero no se concede, por el artículo transcrito, facultad alguna sobre la enajenación de bienes inmuebles donde funciona actualmente el mercado central. De consiguiente, el propósito de enajenar tales bienes, a los actuales inquilinos una vez

construida la plaza carece de fundamento en el Acuerdo citado, y como se vio en la Ley 9a. de 1989, ni lo autoriza el Decreto 222 de 1983.

Como bien que participa de la naturaleza de los de uso público y conforme al artículo 674 del Código Civil, el destino del inmueble en cuestión está regido por las limitaciones en el ejercicio de algunos de los atributos del derecho de dominio, específicamente el "ius obutendi", por disposiciones previstas en la ley.

Lo anteriormente expuesto guarda estrecha armonía con el artículo 1853 del Código citado que prohíbe a los administradores de un establecimiento público, vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no estaba comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente. En igual sentido reitera el artículo 30 del Decreto 1050 de 1989, que, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los previstos por la ley o normas que los creó o por sus estatutos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en tales normas.

El Municipio de Bucaramanga está en la obligación de garantizar la prestación del servicio del mercado público en el inmueble destinado al efecto para lo cual debe obtener la autorización correspondiente del Concejo Municipal sobre construcción de una plaza de mercado en el lote donde funcionaba la Casa de Mercado Central.

Es de conocimiento común que el servicio se está prestando por una comunidad de "inquilinos" organizada en puestos o locales; pero de ello no se sigue que para la prestación del servicio se requiera la enajenación de tales puestos a los "inquilinos"; solo una vez desafectado o variado su destino podrá venderse "siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes".

En oportunidad anterior y mediante sentencia de 24 de julio de 1990, la Sección Primera de esta Corporación, sostuvo sobre un caso semejante:

> "De tal manera que siendo una característica fundamental de los bienes de uso público la de ser inalienables, y constituyendo la Plaza de Mercado Satélite del Sur de Bucaramanga un bien de uso público, el Concejo Municipal de esa ciudad no podía autorizar su venta a través del sistema de propiedad horizontal ni a través de ningún otro sistema, ya que con ello está privando a la comunidad de un bien cuya propiedad aparecía formalmente en cabeza de las Empresas Públicas de Bucaramanga, pero que en realidad pertenece a todos los habitantes mientras esté destinado al servicio de mercado público.
>
> Lo anterior no obsta, lógicamente, para que, como ocurre en la generalidad de los casos, el servicio de mercado público sea prestado por particulares bajo la orientación, administración y control de la entidad pública responsable de dicho servicio, pero sin que esta posibilidad pueda implicar que dicha entidad pública esté habilitada para enajenar a los particula-

res los bienes afectados al servicio que tengan el carácter de bienes de uso público.

Los planteamientos expresados son suficientes para que la Sala confirme la sentencia recurrida, en los mismos términos de su parte resolutiva, ya que como lo expresa el Tribunal de origen, las demás disposiciones diferentes de las anuladas no tienen relación con la enajenación de los locales que hacen parte de la citada plaza de mercado, por lo cual no pueden quedar cobijadas con la declaratoria de nulidad".

Esta doctrina es lo suficientemente clara para concluir que la enajenación de bienes, en un caso como el que se debate la enajenación del inmueble, de manera como se propone, no sea legalmente procedente.

Por otra parte, el artículo 356 de la Constitución, invocado como fundamento de la petición, es claro al disponer que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley; y como la Ley 9a. de 1989 sobre urbanismo, en relación con servicios públicos, no contradice la normatividad del canon constitucional, mal puede entendérsela como reformada o derogada. Se requiere una nueva ley que contenga una reglamentación distinta sobre el particular. Por lo demás el artículo 365 de la Carta hace referencia expresa a los "servicios públicos" mas no a los espacios públicos ni a los bienes de uso público.

Mientras no se expida una ley se reitera, que desarrolle la normatividad del artículo 365 de la Constitución vigente, que derogue, modifique, adicione o sustituya la reglamentación urbanística vigente, no podrá entenderse esta como modificada. Es evidente que ninguna de las regulaciones actuales comprende la posibilidad planteada en la consulta de enajenar un bien de uso público para la prestación de un servicio a cargo del municipio, por parte de una comunidad organizada o por particulares.

Ante lo dispuesto, pues, por el artículo 6o. de la Ley 9a., de 1989, el Concejo Municipal de Bucaramanga sólo puede variar el destino de la Casa de Mercado Central, siempre y cuando destine a mercado otro bien de características equivalentes. En todo caso, el bien de uso público en el que se presta el servicio de mesas a cargo del municipio, por cuenta de particulares como inquilinos no puede transferirse mediante venta por tratarse de un bien de uso público, cual es el lote de la Casa de Mercado Central destruida en 1979; la construcción que allí se realice seguirá vinculada a dicho uso y servicio mientras no se destine otro inmueble a prestarlo directamente por el municipio.

2.-La Consulta.

Con fundamento en las anteriores consideraciones **LA SALA RESPONDE** de la manera siguiente:

a) Las Empresas Públicas de Bucaramanga pueden adelantar la construcción de la Casa de Mercado Central en el mismo inmueble en que hoy se presta, según la consulta, conservando el municipio la regulación, el control y el servicio del mercado. Pero no podrán enajenar la plaza quienes

actualmente la usufructúan. La vigencia del artículo 365 de la Constitución de por sí no modifica la legislación vigente sobre el particular; de consiguiente no es fundamento para proceder en forma diversa.

b) Se reitera, que el bien "Casa de Mercado Central" no puede ser vendido a sus inquilinos, quienes carecen del derecho de ser adjudicatarios de los puestos y locales que lo conforman.

c) De conformidad con el artículo 6o. de la Ley 9a. de 1989 y con el plan de desarrollo adoptado por el Concejo Municipal en cumplimiento de dicha ley, se podría variar el destino del lote donde funciona el mercado central y rehabilitar la zona afectada, siempre y cuando se destine al mercado público otro inmueble de características equivalentes.

De otra manera se requeriría que se efectuara un programa comercial de construcción de vivienda, oficinas o locales que formen parte de un conjunto habitacional, o que se procediese de acuerdo a un plan de desarrollo urbano según lo previsto en el artículo 2o. de la Ley 9a. de 1989, es decir, en el que se establezca de manera concreta tal eventualidad.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

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, Roberto Suárez Franco*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

Autorizada su publicación el 30 de octubre de 1992

EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA/PLANTA DE PERSONAL/REGIMEN PENSIONAL/ISS-Facultades

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, por ser la entidad de previsión social a la cual se encuentran afiliados los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación cuando se cumplan por el afiliado las condiciones legales y los requisitos reglamentarios, previstos en su régimen jurídico. Pero si hay una prestación de tal naturaleza, de carácter extra legal creada por la Empresa, ésta debe asumir su reconocimiento y pago hasta cuando el afiliado cumpla la edad señalada en la ley sobre la materia y, además haya efectuado el número de cotizaciones exigidas, con lo cual la prestación pasará a ser de cargo del ISS. El régimen que debe aplicar el Instituto de Seguros Sociales, es el previsto en sus estatutos legales y en sus reglamentos. En ningún caso el régimen descrito para los empleados oficiales del orden nacional, por tratarse de servidores públicos del orden distrital que figuran como sus afiliados forzosos con anterioridad al 18 de julio de 1977. (Decreto 1650 de 1977, artículo 134).

PRESTACIONES SOCIALES/CONGRESO-Facultades/**EMPLEADO PUBLICO/TRABAJADOR OFICIAL**

La determinación del régimen de prestaciones sociales, a favor de los empleados públicos y del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales es competencia exclusiva del Congreso que ejercerá mediante la expedición de leyes de la República y, por ende, tal atribución no puede arrogársela ninguna otra agencia o agente del Estado: si de hecho lo hiciere, y el acto expedido produce efectos jurídicos al amparo de la presunción de legalidad de los actos administrativos, deberá asumir la plena responsabilidad a que haya lugar conforme a la ley.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D. C.,ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón*

Ref: Consulta sobre el régimen pensional aplicable a los empleados oficiales de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Radicación No. 457.

El señor Ministro de Minas y Energía, luego de exponer antecedentes legales concernientes a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá —creada y organizada por los Decretos Extraordinarios 1128 de 1951 y 744 de 1954—, formula a la Sala una consulta relacionada con el régimen pensional que debe ser aplicado a sus empleados oficiales. Esta expresión comprende tanto a los empleados vinculados mediante relación legal y reglamentaria como a los trabajadores que son incorporados al servicio público por medio de contratos de trabajo.

La consulta contiene los siguientes literales, que se transcriben textualmente:

a. ¿Siendo la Empresa de Energía de Bogotá, la entidad empleadora y habiéndose inscrito como patrono y afiliado a sus empleados al Instituto de Seguros Sociales, ISS, forzosamente desde su creación y estableciendo los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985, que la pensión vitalicia de jubilación o vejez se reconocerá y pagará por la entidad de Previsión Social a la cual se halla afiliado el empleado o el trabajador, no es el Instituto de Seguros Sociales, ISS, como entidad de Previsión Social a quien le corresponde el reconocimiento de las pensiones legales?

b. En caso de que sea el ISS, qué régimen debe aplicar: el propio del Instituto o sea la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo No. 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, o el régimen descrito para los empleados oficiales del orden nacional?

c. Reconocida por la Empresa de Energía de Bogotá la pensión de jubilación extralegal contenida en la Convención Colectiva y Resolución No. 015 de 1987, al cumplir un empleado los 50 años de edad, puede ésta ser compartida con el ISS cuando el Instituto reconozca la pensión por vejez?

d. Cumplidos por un empleado, los requisitos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales para acceder a la pensión de vejez y habiendo prestado 20 años de servicio en la empresa, está obligada la entidad empleadora a reconocerle pensión de jubilación o dicha obligación recaería en cabeza del ISS como pensión de vejez?

e. Si un empleado tienen acreditado tiempo de servicio en otras entidades oficiales aportando a una Caja de Previsión Social diferente al ISS y cumple los 20 años de servicio en la Empresa de Energía de Bogotá pero no ha cotizado al Instituto las 500 semanas requeridas por su reglamento, ¿a qué entidad le corresponde reconocerle la pensión de jubilación o de vejez?

f. En el supuesto de que la Empresa de Energía de Bogotá le sea obligatorio reconocer y pagar las pensiones de jubilación legales, ¿bajo qué régimen pensional y con base en cuáles argumentos jurídicos puede hacerlo? ¿Tendría entonces derecho a que el Instituto le devuelva o reintegre los aportes?

g. Si una persona vincula a la Empresa de Energía de Bogotá teniendo la calidad de pensionado en la Caja Nacional de Previsión Social o cualquier otra de Previsión, pero sin que se le haya reconocido la pensión de jubilación, y labora uno o dos años más en la EEB, ¿a qué entidad le corresponde reconocerle la pensión de jubilación?

h. ¿Puede la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Bogotá conceder pensiones extralegales a los empleados públicos a su servicio?

i. Si la empresa de Energía de Bogotá, como entidad empleadora y no de Previsión Social, tiene la obligación de reconocer y pagar las pensiones, ¿cuál sería entonces la entidad de Previsión Social a la cuál debería afiliarse, para el traslado de este riesgo y cómo se procedería a la desafiliación del Instituto de Seguros Sociales?

j. Nuevamente, y en el caso de que la Empresa deba asumir dicha obligación, ¿debe también prestar los servicios médicos y demás beneficios consagrados a favor de los pensionados con toda la carga prestacional que ello implica?

k. Si un empleado cumple la edad de retiro forzoso (65 años) pero no tiene el tiempo de servicios requeridos para acceder a la pensión de jubilación ni las 500 semanas cotizadas al ISS, ¿qué entidad debe asumir el pago de la pensión de retiro por vejez?

l. Siendo afiliados forzosos los empleados de la Empresa al ISS, ¿el reglamento de invalidez, vejez y muerte de dicho Instituto excluye para los mismos la aplicación de las normas legales previstas para los empleados oficiales del orden nacional?

LA SALA CONSIDERA:

1. **Antecedentes**. Sobre el régimen de prestaciones sociales, por las cuales el Diccionario de la Lengua Española entiende "cada uno de los servicios que el Estado, instituciones públicas o empresas privadas deben a sus empleados", ésta Sala se ha pronunciado en los últimos años al absolver diversas consultas formuladas por el Gobierno Nacional en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 98, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo. Se mencionan a partir de 1987, las radicadas bajo los números 146, 151, 221, 433, 440 y 451.

2. **Empleados públicos y trabajadores oficiales**.-Sostuvo la Sala (Consulta número 146 de septiembre 10 de 1987) que la discriminación entre empleados públicos y trabajadores oficiales forma parte del derecho público de la Nación y que, por tanto, todo acto que lo contradiga (por ejemplo, un contrato o una convención colectiva de trabajo) carece de relevancia.

Para tal efecto, la ley prescribe un criterio objetivo: Son **empleados públicos** (en el orden nacional) las personas que prestan servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos; y son **trabajadores oficiales** los trabajadores de la construcción y mantenimiento de obras públicas. (Decreto Ley 3135 de 1968, artículo 5o.). Agrega la norma que en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Por el contrario, las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. *(ibídem*, artículo 5o. inciso 2o.).

Para la entidad territorial denominada Departamento, el criterio precedente fue adoptado por el legislador de 1986 (Ley 3a., incorporada en lo pertinente al Código de Régimen Departamental o Decreto-ley 1222 del mismo año, artículo 233). En tal virtud, los servidores departamentales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. La nueva Constitución excluye expresamente de la condición de empleados públicos, a los diputados (artículo 299 inciso 3o.).

Respecto de los municipios, el legislador mantuvo el expresado criterio al prescribir:

> Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
>
> Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Decreto-Ley 1333 de 1986, artículo 292. La Nueva Constitución excluye de la condición de empleados públicos, en su artículo 312 inciso 2o., a los concejales).

La disposición legal últimamente citada, agrega:

> Los empleados públicos se rigen por las normas de ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere. (ibídem, artículo 293).

Y en el PARAGRAFO hace una importante precisión:

las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales, no serán afectadas por lo establecido en los dos artículos anteriores.

Por lo demás, solamente los trabajadores oficiales pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo en que se les reconozcan prestaciones sociales superiores al mínimo que prescribe la ley. Este precepto se justifica en razón de que realizan actividades materiales (construcción o sostenimiento de obras públicas en forma directa o indirecta), iguales o similares a los trabajadores particulares, también vinculados por contrato de trabajo. Obviamente, como sostuvo la Sala en la consulta inicialmente mencionada, "la catalogación del personal necesariamente precede a la convención colectiva de trabajo: Sólo mediante la previa clasificación del personal es posible determinar quiénes, como trabajadores oficiales pueden celebrar convención colectiva de trabajo".

En cuanto a la denominación de **empleados oficiales**, es empleada en sentido genérico para referirse a quienes pueden estar vinculados a la administración pública por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo, y en consecuencia comprende a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales. (Decreto reglamentario 1848 de 1969, artículo 1o.).

3. **Régimen constitucional sobre prestaciones sociales**. Durante la vigencia de la Constitución de 1886 y con mayor precisión a partir de la expedición del acto legislativo número uno de 1968, artículo once, correspondía al Congreso de la República la atribución de determinar la estructura de la administración nacional y fijar las escalas de remuneración a las distintas categorías de empleo, así como el régimen de sus prestaciones sociales. (ibídem, artículo 76, ordinal 9o.).

La Nueva Constitución promulgada el 7 de julio de 1991 atribuye igualmente al Congreso de la República la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, y agrega: "De los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública". También es función del órgano legislativo del Estado, la regulación del régimen de prestaciones mínimas de los **trabajadores oficiales**.

En cuanto al ejercicio de las funciones concernientes al régimen de prestaciones sociales de los empleados y trabajadores del sector público, dispone la Carta política que son indelegables en las corporaciones públicas territoriales (asambleas departamentales y concejos municipales) y, más aún, que éstas "no podrán arrogárselas". (artículo 150, numeral 19, letras e. y f.).

Resulta pertinente sostener que de acuerdo con las anteriores prescripciones constitucionales, es competencia privativa del Congreso, que ejercerá por medio de leyes, la regulación del régimen prestacional de los empleados públicos.

Ello explica que el Consejo de Estado haya incorporado de tiempo atrás a su jurisprudencia el principio según el cual "el régimen de las prestaciones sociales, tanto las nacionales como las concernientes a las entidades territoriales, es de orden legal". (sentencia de noviembre 17/82, Sección Segunda).

4. **Régimen legal sobre prestaciones sociales**. Descendiendo de la "norma de normas" a la legislación ordinaria, la ley 11 de 1986, artículo 11, dispuso que "el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales será el que establezca la ley" y agregó que la ley también podrá ordenar lo necesario para que, dentro del marco de su autonomía administrativa, los municipios provean el reconocimiento y pago de dichas prestaciones. (texto incorporado al Código de Régimen Municipal o Decreto-Ley 1333 de 1986, artículo 291).

Siguiendo, pues, la orientación jurídica expresada en normas constitucionales y legales, las prestaciones sociales de los empleados oficiales, municipales —y para el caso de la consulta, también de los pertenecientes al nivel distrital— se encuentran consagradas en disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el Congreso y por el Gobierno, respectivamente. Para el estudio de éste conjunto normativo, es preciso partir de 1945, año al que corresponden la ley 6a. y los Decretos 1600 y 2767. Con posterioridad fueron dictadas Leyes tales como la 65 de 1946, la 24 y la 72 de 1947, la 48 de 1962, la 5 de 1969, la 4 de 1976, la 33 de 1985 y la 71 de 1988, así como los respectivos decretos de carácter reglamentario.

Por consiguiente, las disposiciones legales y reglamentarias que establecen prestaciones sociales para los empleados oficiales al servicio de las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios), la determinación de los hechos que las originan, los elementos que las estructuran, la forma de liquidarlas y su cuantía, no pueden ser modificadas por ordenanzas departamentales, ni por acuerdos municipales, ni por autoridad alguna de la administración central o descentralizada de tales entidades, sin incurrir en un típico caso de usurpación de funciones públicas.

5. **Pensión de retiro por vejez**. En tratándose de la pensión de retiro por vejez, prevista en el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado en este aspecto por los artículos 81 a 92 del Decreto 1848 de 1969), como aquella a que tiene derecho el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación o la de invalidez, es preciso advertir que solamente existe como prestación social para los empleados oficiales nacionales vinculados a la rama ejecutiva del poder público. Dicha pensión debe ser pagada por la respectiva entidad de previsión y es equivalente al 20% del último sueldo devengado por el empleado o trabajador, y un 2% por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su cóngrua subsistencia.

La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dicho que "en lo que respecta a las remuneraciones, así como al régimen de prestaciones sociales, concretamente, reguladas por el Decreto 3135 de 1968, su ámbito de aplicación se encuentra restringido al orden nacional, tanto porque así se expresa en el mismo decreto, como porque las facultades extraordinarias que para legislar en ésta materia le otorgó al Presidente de la República la Ley 65 de 1967, se encuentran limitadas a los empleados nacionales según el ordinal (sic) del artículo 1o. de dicha ley que faculta al ejecutivo para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas

categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales". (sentencia de junio 7/80, de la Sección Segunda).

Y aún en la situación propia de los empleados oficiales de la administración nacional, las pensiones de jubilación, de invalidez y de retiro por vejez, son incompatibles entre sí, debiendo el empleado o trabajador optar por aquella que le resulte más favorable.

6. **Situación prestacional en la E.E.E.B.** La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es un establecimiento público del orden Distrital que vincula a su personal mediante una relación legal y reglamentaria en calidad de empleados públicos, o en virtud de contratos de trabajo como trabajadores oficiales. A la primera clase de servidores les es aplicable el régimen prestacional respectivo establecido por la ley para la administración municipal y a los trabajadores oficiales, éste mismo, adicionado por las prerrogativas convencionales.

Por tal razón y debido a la competencia exclusiva de la ley para regular el régimen prestacional de los empleados oficiales, es que resulta indebida la decisión adoptada por el Concejo de Bogotá mediante el Acuerdo 26 de 1958, que en materia de jubilación puso a regir para los trabajadores del distrito las normas aplicables a los trabajadores de la Nación.

Similar planteamiento puede predicarse, y con mayor énfasis, respecto de la Resolución 015 de 1987 emanada de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, que extendió las condiciones especiales para obtener la pensión vitalicia de jubilación por parte de los trabajadores oficiales, a los empleados públicos de dicha entidad distrital, creando de éste modo una prestación extralegal. Con ello no solamente se desconocieron las disposiciones sobre competencia en materia de régimen prestacional, sino que se benefició a empleados públicos con prerrogativas convencionales que son exclusivas de los trabajadores oficiales.

Sin embargo, las consideraciones anteriores que hace la Sala deben ser entendidas sin perjuicio de las situaciones de hecho consolidadas en beneficio de los empleados de la empresa oficial y en razón de la presunción de legalidad que ampara toda clase de actos administrativos, mientras no sean anulados o suspendidos por la autoridad judicial competente.

De tales postulados se infiere que también los empleados de la E.E.E.B. adquirieron el derecho, por resolución de la Junta Directiva, a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación de acuerdo con las condiciones previstas en la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa y el sindicato, o sea, cuando cumplan 50 años de edad y 20 años de servicio.

Teniendo en consideración, además, que en la mencionada convención no se pactó la incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida convencionalmente y la pensión legal a cargo del Instituto de Seguros Sociales, la empresa deberá continuar cotizando para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el Instituto para el reconocimiento y pago de la pensión. En éste caso será de cargo del em-

pleador la diferencia entre el mayor valor de la pensión legal y el correspondiente a aquella que se venía reconociendo al empleado.

7. **Afiliación forzosa al Instituto de Seguros Sociales de los empleados oficiales de la E.E.E.B.** Dice el consultante que según lo dispuesto por el artículo 3o. de la Ley 90 de 1946, el artículo 2o. letra b) del Decreto 433 de 1971 y el Decreto 3041 de 1966, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá se inscribió como patrono e inscribió a todo su personal, tanto de empleados públicos como de trabajadores oficiales, al Instituto de Seguros Sociales, "ISS", aportando y cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, con base en la reglamentación dada por el gobierno a dichos riesgos.

La más reciente de las disposiciones mencionadas, el Decreto-Ley 433 de 1971, en su artículo 2o., prescribe que estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio las siguientes personas:

> b. Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del Seguro Social Obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares.

En el caso de la E.E.E.B., la afiliación comprendió a todos sus servidores y no tan solo a sus trabajadores oficiales.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 12 de 1977, expidió el Decreto 1650 del mismo año, "por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios".

Respecto a los alcances de este decreto, se pronunció la Sala al absolver una consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía, relacionada con los empleados oficiales de la Empresa Colombiana de Minas "Ecominas" (Radicación número 151 de 28 de septiembre de 1987). Allí se expresó, en síntesis: que según el Decreto-Ley 1650 de 1977 forzosamente deben afiliarse al régimen general de los Seguros Sociales Obligatorios los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; los funcionarios de seguridad social, y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios, pero pueden ser afiliados otros sectores de la población, tales como los pequeños patronos y los trabajadores independientes o autónomos; que los servidores del Estado, dentro del nuevo régimen de funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales, conserven la calidad de afiliados respecto del mismo, formalizado bajo el régimen anterior al establecido por el Decreto 1650 de 1977; que en el caso de las entidades públicas, al asumir el Instituto de Seguros Sociales el riesgo de vejez, sustituye la obligación de aquellas de reconocer a sus empleados y trabajadores pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicio prescritos por la ley; que la afiliación original al Seguro Social Obligatorio prevista en la Ley 90 de 1946, actualizada por el Decre-

to 433 de 1971 y sostenida expresamente por el Decreto-Ley 1650 de 1977 que lo sustituye, corresponde a la siuación específica de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último Decreto; y que la competencia del Instituto de Seguros Sociales, respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, excluye la aplicabilidad de los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, cuyas normas se aplican a los empleados públicos y trabajadores oficiales no afiliados forzosos al ISS "mientras la ley no disponga otra cosa".

Por consiguiente y de conformidad con el régimen pensional establecido por el Decreto-Ley 1650 de 1977, los servidores de la E.E.E.B. conservaron la calidad de afiliados forzosos al ISS, de manera que su afiliación original al Seguro Social Obligatorio prevista sucesivamente en la Ley 90 de 1946 y los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971, expresamente se mantiene por virtud del Decreto-Ley 1650 de 1977 y corresponde a la situación específica de los servidores del Estado anterior a la fecha de vigencia de dicho Decreto, o sea el 18 de julio de 1977. De ahí que para los empleados oficiales afiliados al ISS con anterioridad a la fecha indicada, el régimen jurídico aplicable es el dispuesto por la ley para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del ISS y no las disposiciones que también la ley ha señalado para empleados públicos y trabajadores oficiales que no son afiliados forzosos al mencionado instituto. Como lo sostuvo la Sala en la consulta ya citada, "en el caso de las entidades públicas, al asumir el Instituto de Seguros Sociales el riesgo de vejez, sustituye la obligación de aquellas de reconocer a sus empleados y trabajadores pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicio prescritos por la ley (artículo 249 del Código Sustantivo de l Trabajo)".

8. **Pensión de jubilación**. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará por la entidad de previsión social a la cual se encontraba afiliado el empleado oficial en el momento del retiro, si para entonces cumple los requisitos de tiempo y edad señalados por la ley para el goce de la pensión y, en su caso, también el número de cotizaciones mínimas exigidas por el ISS.

El régimen ordinario es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, que prescribe: "el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años contínuos o discontínuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio" (artículo 1o.). Pero de este régimen ordinario, la misma ley excluye a "los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente" y a los que, de conformidad con la ley, "disfruten de un régimen especial de pensiones" (artículo 1o., inciso segundo, ibídem).(Cfr. consulta número 433 de 26 de marzo de 1992).

Para los afiliados forzosos al Instituto de Seguros Sociales, el Decreto nacional 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1o de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, dispone en su

artículo 12 que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta años o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años si se es mujer, y b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

De acumularse el tiempo de servicio en varias entidades, el organismo de previsión obligado al pago de la jubilación tendrá derecho a repetir contra las cajas de previsión a las cuales el beneficiario hubiere aportado, en proporción a su aporte y al tiempo laborado.

LA SALA RESPONDE:

a. Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, por ser la entidad de previsión social a la cual se encuentran afiliados los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación cuando se cumplan por el afiliado las condiciones legales y los requisitos reglamentarios, previstos en su régimen jurídico.

Pero si hay una prestación de tal naturaleza, de carácter extralegal creada por la Empresa, ésta debe asumir su reconocimiento y pago hasta cuando el afiliado cumpla la edad señalada en la ley sobre la materia, y, además haya efectuado el número de cotizaciones exigidas, con lo cual la prestación pasará a ser de cargo del ISS.

b. El régimen que debe aplicar el Instituto de Los Seguros Sociales, es el previsto en sus estatutos legales y en sus reglamentos. En ningún caso el régimen descrito para los empleados oficiales del orden nacional, por tratarse de servidores públicos del orden distrital que figuran como sus afiliados forzosos con anterioridad al 18 de julio de 1977. (Decreto 1650 de 1977, artículo 134).

c. Dentro de las condiciones legales es posible compartir el pago de la pensión vitalicia de jubilación entre el Instituto de Seguros Sociales y la entidad que convencionalmente haya reconocido prestaciones extralegales, si sus trabajadores son afiliados forzosos del ISS, pero no en forma concurrente sino alternativa.

Por tanto, al cumplir un empleado los 50 años de edad, si le es reconocida la pensión de jubilación por la E.E.E.B., es esta entidad la obligada al pago de la misma.

d. Cumplidos los requisitos de edad, cotizaciones, y tiempo de servicio por un afiliado al ISS, el titular de la obligación para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación es dicho Instituto, como pensión de vejez. De presentarse la concurrencia de pensiones, el empleado oficial optará por la que considere más favorable.

e. El reconocimiento de la pensión de jubilación, o en su caso de la de vejez, es obligación de la entidad de previsión social a la cual se encontraba afiliado el empleado en el momento del retiro, pudiendo repetirse contra los demás organismos de previsión en proporción al aporte y al tiempo servido.

f. Las pensiones de jubilación de los trabajadores y empleados de la E.E.E.B. (que según el consultante se conceden al cumplir los 50 años de edad y 20 años de servicio en la Empresa o en varias entidades de derecho público), son de cargo de dicha Empresa con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo y en la Resolución 015 de 1987, emanada de la Junta Directiva, respectivamente. La legalidad de esta resolución se presume hasta cuando sea anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ser más favorable a los empleados se aplica en la Empresa con prevalencia a la ley 33 de 1985, que contiene el régimen ordinario de la pensión jubilatoria, extensivo a los servidores municipales por las Leyes 6a. de 1945, 11 de 1986 y Decreto-LSey 1333 de 1986 o Código de Régimen Municipal, según lo expuesto en los considerandos de la presente consulta.

El ISS deberá asumir el pago si con posterioridad el afiliado cumple los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

La eventual desafiliación al ISS y lo concerniente al reintegro de aportes, si esto último es viable, se rige por las normas estatutarias y reglamentarias del ISS.

g. En este evento, compete el reconocimiento de la pensión de jubilación a la entidad de previsión a la cual se encontraba afiliada la persona en el momento en que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para acceder al derecho correspondiente.

h. Esta pregunta debió formulársela, y muy seriamente, la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, antes de proceder a expedir en 1987 una resolución sobre prestaciones sociales a favor de los empleados públicos al servicio de la empresa. La Sala reitera que la determinación del régimen de prestaciones sociales a favor de los empleados públicos y del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales es competencia exclusiva del Congreso, que ejercerá mediante la expedición de leyes de la República y, por ende, tal atribución no puede arrogársela ninguna otra agencia o agente del Estado; si de hecho lo hiciere, y el acto expedido produce efectos jurídicos al amparo de la presunción de legalidad de los actos administrativos, deberá asumir la plena responsabilidad a que haya lugar conforme a la ley.

i. La obligación de la E.E.E.B. de reconocer y pagar las pensiones extralegales a sus empleados oficiales, una vez cumplidos los requisitos exigidos en la convención colectiva de trabajo o en actos administrativos proferidos por la Junta Directiva, no excluye la asunción del pago de la pensión por parte del ISS cuando sean satisfechos los supuestos sobre edad y cotizaciones, exigidos por las normas que rigen para el instituto.

La eventual desafiliación de los empleados oficiales para que otra entidad de previsión social asuma los riesgos y el pago de pensiones, implicará la revocatoria

del acto administrativo de afiliación, y dar cumplimiento a los requisitos que para tal efecto exige el ISS.

j. Los empleados oficiales que prestaron sus servicios a la E.E.E.B. y hubieran obtenido el reconocimiento como pensionados, tienen derecho a que el Instituto de Seguros Sociales, del cual son afiliados forzosos, les reconozca las prestaciones asistenciales y económicas previstas en los reglamentos del Instituto para quienes tienen dicha condición.

En el caso de que la Empresa deba asumir el pago de prestaciones extralegales, deberá también prestar o asegurar la prestación de los servicios médicos y demás beneficios consagrados a favor de los pensionados.

k. En la hipótesis planteada, ninguna entidad está en la obligación de asumir el pago de la pensión de retiro por vejez, por cuanto esta clase de pensión (Decreto-Ley 3135 de 1968,artículo 29) solamente existe en favor de los empleados oficiales del orden nacional vinculados a la rama ejecutiva del poder público.

l. La respuesta es afirmativa. El estatuto jurídico del ISS en materia pensional (reglamentos de invalidez, vejez y muerte) excluye para los servidores de la E.E.E.B. la aplicación de las normas legales previstas para los empleados oficiales del orden nacional, y también del orden distrital.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía 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

Autorizada la publicación el 6 de noviembre de 1992.

EMPLEADO PUBLICO/RETIRO/DESCANSO COMPENSATORIO- Reconocimiento/**DOTACION DE CALZADO/DOTACION DE VESTIDO-** Improcedencia.

Los descansos compensatorios que no hubieren sido disfrutados por los empleados públicos durante el tiempo de su vinculación deberán pagarse en dinero a las personas retiradas del servicio. La dotación de calzado y vestido de labor procede cuando el empleado beneficiado está vinculado al servicio de la entidad respectiva y para el cumplimiento de su labor. La entidad oficial no puede válidamente entregar dicha dotación o compensarla en dinero, una vez terminada la relación laboral, pues dadas sus especiales características no participa ni el de la naturaleza de salario ni de prestación social.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Ref: Radicación 471. Consulta formulada por el Ministerio de Desarrollo Económico sobre reconocimiento de horas extras y dotación de calzado y vestido de labor no suministrados oportunamente a los exfuncionarios del Ministerio de Desarrollo Económico.

El Ministro de Desarrollo Económico encargado, formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

"Directamente ante el Ministerio de Desarrollo Económico, y frente a las entidades vinculadas y adscritas se han presentado, por parte de ex-funcionarios solicitudes para que se les pague en dinero los descansos compensatorios correspondientes a las horas suplementarias en exceso de cincuenta (50) mensuales, causados durante el tiempo que permanecieron vinculados; y que se proceda

a la entrega del calzado y vestido de labor no suministrados oportunamente o, en su defecto, se compense su entrega en dinero.

1.- ANTECEDENTES

1.1 Reconocimiento de horas suplementarias

Establece el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 que "cuando por razones especiales del servicio fuera necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe respectivo organismo (sic), o las personas a quienes éste hubiese delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras. El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos;....d) *En ningún caso podrán pagarse mas de 50 horas mensuales, y e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria supera dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada ocho horas de trabajo"* (subrayado fuera de texto) vez, el artículo 38 del mismo decreto, modificado por el artículo 13 del D.E. 100 de 1991, establece expresamente las excepciones del límite para el reconocimiento de horas extras, las cuales no cobijan los funcionarios de este ministerio.

De conformidad con lo estatuído en los artículos 6, 121 y el inciso segundo del 123 de la Carta Fundamental, los servidores públicos deben ejercer sus funciones con estricta sujeción a lo previsto en la Constitución Nacional, la ley y el reglamento.

1.2 Entrega de Calzado y Vestido de labor.

La Ley 70 de 1988 y su Decreto reglamentario No. 1973 de 1989 disponen que se les debe entregar a los funcionarios que laboren en los ministerios en forma gratuita un par de zapatos y un vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior de dos veces el salario mínimo legal. El artículo 7 del mencionado decreto estableció que "los beneficiarios de la dotación de calzado y vestido de labor **quedan obligados a recibirlos debidamente y destinarlos a su uso en las labores propias de su oficio**, so pena de liberar a la empresa de la obligación correspondiente" (subrayado fuera de texto).

La oficina jurídica del Ministerio de Trabajo, sobre el tema en comento, en concepto del 26 de noviembre de 1991, que se anexa, manifestó refiriéndose al calzado y vestido de labor, que "**no existe obligación de entregarlo a quienes ya se desvincularon del servicio a la entidad y tampoco se les puede compensar en dinero**". (Subrayado fuera de texto).

Por los expuesto se estima de gran importancia conocer el concepto de esta honorable Corporación; en este orden de ideas,

2.-CONSULTA

2.1 ¿Es procedente el pago en dinero de los descansos compensatorios correspondientes a las horas suplementarias laboradas en exceso de cincuenta (50) mensuales (sic) a personas que ya no presten sus servicios a la entidad?

2.1 ¿Es procedente la entrega de calzado y vestido de labor no suministrados oportunamente, en su defecto, su compensación en dinero a los ex-funcionarios de este Ministerio?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.) El Decreto-Ley 1042 de 1978, en el artículo 36 prevé que cuando sea necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor se autorizará, por el jefe del organismo o su delegado, el descanso compensatorio o el pago de horas extras del personal respectivo.

El literal d) de la citada norma dispone que "en ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales". De manera que el tiempo laborado que supere dicha cantidad, según el literal e) *ibídem*, se reconocerá en tiempo compensatorio, "a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo".

2.) El valor del trabajo compensatorio, al igual que todas las demás sumas que reciba el empleado como retribución por sus servicios, constituye salario o remuneración; lo cual conlleva que al empleado deba pagársele la totalidad de lo devengado por su labor realizada.

3.) De manera que si un empleado al servicio de un Ministerio, trabaja fuera de la jornada ordinaria y este tiempo laborado supera el límite de 40 horas mensuales, debe reconocérsele tiempo compensatorio —descanso remunerado— en razón de una día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Sin embargo, si el empleado, como en el caso planteado en la consulta, se retira del servicio, sin disfrutar de dicho tiempo compensatorio, debe pagársele en dinero porque, con obvias razones, el descanso es imposible de conceder. La administración no puede enriquecerse sin causa por el trabajo de sus empleados de suerte que es preciso que les cancele íntegramente sus salarios causados cualquiera que sea el origen del mismo.

4.)De otra parte, la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989 disponen que se deba entregar en dotación a los empleados de los ministerios un par de zapatos y un vestido de labor, siempre que su remuneración mensual no sea superior a dos veces el salario mínimo legal vigente y hayan cumplido 3 meses al servicio de la entidad empleadora.

5.) Los artículos 2os. de la Ley 7a de 1988 y el Decreto 1978 de 1989 prescriben que esta dotación no constituye salario. De este modo, el artículo 5o del decreto citado determina que la dotación de calzado y vestido de labor consiste en "Las prendas apropiadas para la clase de labores que desempeñen los trabajadores beneficiarios, de acuerdo con el medio ambiente en donde cumplen sus activida-

des. "Y el artículo 6o. *ibídem* establece que las entidades definirán el tipo de prendas teniendo en cuenta la naturaleza y tipo de función del trabajador y el medio ambiente en el cual debe desarrollarla.

6.) Así las cosas, la Sala estima que la mencionada dotación de prendas para el trabajo deben ser entregadas a aquellas personas que ejercen cargos en el sector público, dentro de las condiciones establecidas por la ley, y con el sólo objetivo de facilitar las labores de los empleados, en las mismas condiciones como debe entregarse el equipo necesario para desarrollar la función asignada.

7.) De manera que si a los empleados de los ministerios no se les entregan las citadas prendas de vestir en la oportunidad y bajo las condiciones previstas en la ley, éstos deben exigir su dotación exclusivamente cuando estén en el ejercicio del cargo pero no una vez retirados del servicio.

Con fundamento en los expuesto, la Sala procede a absolver los interrogantes formulados por el Señor Ministro de Desarrollo Económico:

1.) Los descansos compensatorios que no hubieran sido disfrutados por los empleados públicos durante el tiempo de su vinculación, deberán pagarse en dinero a las personas retiradas del servicio, de conformidad con el Decreto-Ley 1042 de 1978.

2.) La dotación de calzado y vestido de labor procede cuando el empleado beneficiado está vinculado al servicio de la entidad respectiva y para el cumplimiento de su labor. La entidad oficial no puede válidamente entregar dicha dotación o compensarla en dinero, una vez terminada la relación laboral, pues dadas sus especiales características no participa ni de la naturaleza de salario ni de prestación social.

Transcríbase en sendas copias al Señor Ministro de Desarrollo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 10 de noviembre de 1992.

EMPLEADO PUBLICO-Retiro/**DOTACION DE CALZADO/DOTACION DE VESTIDO/COMPENSACION EN DINERO**-Procedencia/(Salvamento de Voto).

La dotación de calzado y vestido de labor no es salario ni prestación social porque es un gasto o costo que, por disposición de la ley, debe asumir el patrono o empleados para hacer posible el cumplimiento de las tareas del empleado o trabajador; si el patrono no cumplió el deber legal de efectuarla oportunamente, al retiro del trabajador debe pagarle su precio, conforme a la ley y a elemental principio de equidad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación No. 471. Ref: Consulta del Ministerio de Desarrollo Económico relacionada con reconocimiento en dinero de horas extras, calzado y vestido de los exfuncionarios del Ministerio.

No comparto el concepto mayoritario en cuanto afirma que los empleados que, según la ley, tienen derecho a la dotación de calzado y vestido de labor, la pierden a su retiro, aunque la administración no haya cumplido su obligación. Los motivos de mi discrepancia son los siguientes:

1.) los derechos laborales no se pierden por el hecho de retiro del trabajador, sin que la ley lo disponga. El concepto mayoritario equivale a afirmar que la inobservancia de la ley por parte del patrono, *en este caso, de la administración, durante la vinculación laboral, es causal de pérdida del derecho del trabajador,* contrariando el principio que afirma, con carácter general, que *nadie puede beneficiarse con su propia inercia o negligencia.*

2.) Según el concepto mayoritario, si el empleado o trabajador no es retirado del servicio, conserva el derecho a la dotación de calzado y vestido de labor; pero, si es retirado de él, *el hecho de retiro* implica la pérdida del derecho: en otros términos, *según la mayoría, el reconocimiento o la pérdida del derecho depende de la voluntad del empleador,* en este caso de la administración, *no obstante que la ley reconoce de modo incondicional al empleado o trabajador: los derechos del*

trabajador no se pierden por causa de la desvinculación del servicio, menos si ella se produce por decisión del empleador.

3o) La dotación de calzado y vestido de labor no es salario ni prestación social porque *es un gasto o costo que, por disposición de la ley, deba asumir el patrono o empleador para hacer posible el cumplimiento de las tareas del empleado o trabajador*: si el patrono no cumplió con el deber legal de efectuarla oportunamente, al retiro del trabajador debe pagarle su precio, *conforme a la ley y al elemental principio de equidad.*

4o) El concepto mayoritario también es contradictorio porque, mientras, por una parte, afirma que el derecho al descanso compensatorio, no disfrutado por el trabajador, a su retiro deber ser compensado en dinero, por otra, estima que la dotación de calzado y vestido, *no efectuada oportuna y legalmente por el empleador*, no puede serle compensada: se trata de dos situaciones idénticas, que implican derechos que la ley reconoce al trabajador y que tienen las mismas consecuencias: *si el patrono no hizo efectivos estos derechos, durante el tiempo de vinculación del trabajador al servicio, deben serle compensados en dinero.*

Bogotá. 27 de octubre de 1992.

Humberto Mora Osejo

ORGANISMO COOPERATIVO/SECTOR COOPERATIVO-Incorporación/**DANCOOP**-Funciones

La expresión "organismo cooperativo" hace referencia a una cualquiera de las entidades que integran el sector cooperativo colombiano y que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 122 de la ley 79 de 1988 son las siguientes: las cooperativas, los organismos cooperativos de segundo y tercer grado, las instituciones auxiliares del cooperativismo y las precooperativas. En los términos de los artículos 94 y 123 de la Ley 79 de 1988, las sociedades cooperativas y los organismos cooperativos de segundo y tercer grado pueden crear instituciones auxiliares del cooperativismo. La Ley 24 de 1981 concedió al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativa la facultad para reconocer personería jurídica, exclusivamente a las sociedades cooperativas. Por eso, es diferente la figura jurídica de reconocimiento de que trata el artículo 94 de la Ley 79 de 1988, el que representa para las instituciones auxiliares del cooperativismo un acto administrativo de incorporación al sector cooperativo. Por consiguiente, cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que han obtenido su personería jurídica por otra dependencia de Estado, DANCOOP debe limitarse a efectuar su reconocimiento para los efectos de incorporarlas al sector cooperativo. De acuerdo con lo previsto en el artículo 94 de la Ley 79 de 1988, también es posible que las personas naturales exclusivamente, organicen instituciones auxiliares del cooperativismo y que éstas, a su vez, se asocien a organismos cooperativos de segundo grado. Efectivamente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1o. de la Ley 24 de 1981, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas le corresponde el ejercicio de facultades de inspección y vigilancia sobre todas las instituciones auxiliares del cooperativismo.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Ref: Consulta relacionada con los organismos y las instituciones auxiliares del cooperativismo. Radicación número 472.

El director del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, doctor Adolfo Miguel Polo Solano, en la consulta remitida a la Sala por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República dice que su propósito es el de dar una correcta interpretación y aplicación a la normatividad relacionada con los organismos cooperativos y las instituciones auxiliares del cooperativismo, de que trata la Ley 79 de 1988; advierte que la expresión organismos cooperativos se emplea indistintamente por la mencionada ley en disposiciones tales como sus artículos 92,94,96,97,122,123,132,135,138 y 147; que como consecuencia, dentro del contexto de la ley cooperativa se utiliza la expresión "**organismo cooperativo**" indistintamente, sin entrar a precisar a qué tipo de ente cooperativo se refiere, generando multiplicidad de interpretaciones que originan traumatismo no solo en su aplicación sino también en la de otras normatividades, razón por la cual

SE CONSULTA:

1o.- ¿La expresión organismo cooperativo debe entenderse referida a: entes cooperativos en general?, ¿organismos de segundo y tercer grado?, en algunos casos a entes cooperativos en general y en otros a organismos de segundo y tercer grado?

2o. ¿Qué organismos cooperativos pueden crear instituciones auxiliares del cooperativismo a la luz de lo preceptuado en los artículos 94 y 123 de la ley 79 de 1988?

3o.- ¿De conformidad con lo señalado en el artículo 94 Ley 79 de 1988, en concordancia con el artículo 1o. y artículo 2o. numeral 12 Ley 24 de febrero de 1981, es procedente otorgar personería a todas las Instituciones Auxiliares del Cooperativismo o basta con efectuar un simple reconocimiento, cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro reconocidas jurídicamente por otra Entidad del Estado?

4o.- ¿Puede un grupo de personas naturales exclusivamente, constituír una Institución Auxiliar del Cooperativismo?

5o.- ¿De conformidad con lo señalado en el artículo 94 de la Ley 79 de 1988 en concordancia con el artículo 1o. de la Ley 24 del 24 de febrero de 1981, todas las instituciones auxiliares del cooperativismo están sujetas al control y vigilancia que ejerce el Departamento Nacional de Cooperativas?

LA SALA CONSIDERA:

1o. **El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP) y sus funciones de vigilancia y control, y de reconocimiento de personería jurídica.**

Al transformar la Superintendencia Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, la ley 24 de 1981 asignó a este organismo estatal, entre otras funciones, la de "ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas, los organismos cooperativos de grado superior, las instituciones auxiliares del cooperativismo, los institutos de financiamiento, educación, investigación y desarrollo cooperativo, los fondos de empleados y las sociedades mutuarias" (Art. 1o.). A estas últimas, o sea, las sociedades mutuarias, la Ley 79 de 1988 las denominó asociaciones mutualistas.

Igualmente la Ley 24 de 1981, en su artículo 2o. numeral 12, atribuyó al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la función de reconocer personería jurídica —así como suspender ésta o cancelarla en forma definitiva— "a las sociedades a que refiere el artículo primero", que no pueden ser hoy en día las sociedades cooperativas.

La Sala entiende que las cooperativas son empresas asociativas que en el campo de la economía social se organizan como personas jurídicas de derecho privado, en la modalidad de sociedades de responsabilidad limitada con las variantes que contempla la ley y cuyas actividades se someten a fines de interés social, sin ánimo de lucro.

2o. **El sector cooperativo**. La ley 79 de 1988, "por la cual se actualiza la legislación cooperativa", organizó el sector cooperativo con los siguientes componentes, al tenor de su artículo 122:

a. Las cooperativas;

b. Los organismos cooperativos de segundo y tercer grado;

c. Las instituciones auxiliares del cooperativismo; y

d. Las precooperativas.

Sucintamente se hará un análisis explicativo de cada una de las partes que integran el conjunto denominado sector cooperativo:

2.1 **La cooperativas**. La ley 79 de 1988 definió a las cooperativas como empresas asociativas sin ánimo de lucro en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la Empresa. Su objeto social consiste en distribuír o producir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general (Artículo 4o.).

Las cooperativas se encuentran facultadas, además, para asociarse entre sí con el propósito de cumplir adecuadamente sus fines económicos y sociales. (*ibídem*, arts. 90 y 92)

2.2 **Los organismos cooperativos de segundo grado**. Los organismos cooperativos de segundo grado, que pueden ser de carácter nacional o regional, son aquellos que resultan de la asociación de empresas cooperativas —en número mí-

nimo de diez y cinco, respectivamente— con el propósito de lograr un adecuado cumplimiento de sus objetivos comunes.

También pueden formar parte de estos organismo cooperativos, los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas y las instituciones sin ánimo de lucro que puedan contribuir o beneficiarse de las actividades que ellos desarrollan.

Excepcionalmente y cuando las condiciones socioeconómicas lo justifiquen, las personas naturales pueden participar en organismos de segundo grado de carácter económico, en calidad de asociados, previa autorización del DANCOOP.

2.3 **Los organismos cooperativos de tercer grado**. Los organismos cooperativos de segundo grado y las instituciones auxiliares del cooperativismo —en número no inferior a doce— están facultados para crear organismos de tercer grado de carácter asociativo, dedicados a la defensa y representación del movimiento cooperativo (*ibídem* art. 93).

2.4 **Las instituciones auxiliares del cooperativismo**. Se trata de personas jurídicas sin ánimo de lucro, creadas directamente o en forma conjunta por los organismo cooperativos como elementos de apoyo y complementación a las actividades que forman parte de su objeto social. Dentro del contexto general de la ley, es procedente entender aquí por "organismos cooperativos", a las sociedades cooperativas y a los organismos cooperativos de segundo y tercer grado.

Igualmente pueden adquirir la calidad de instituciones auxiliares del cooperativismo mediante reconocimiento como tales por el DANCOOP, las entidades que no teniendo naturaleza jurídica cooperativa carezcan de ánimo de lucro y realicen actividades orientadas al desarrollo del sector cooperativo (ibídem arts. 94 y 123).

El aludido reconocimiento es diferente del otorgamiento de personería jurídica pues, como ya se explicó, la Ley 24 de 1981 sólo le señaló al DANCOOP la facultad para conceder personería jurídica a las sociedades cooperativas (*ibídem*, art. 2-12 y art. 13 de la Ley 79 de 1988).

En efecto, se trata simplemente de un acto administrativo de incorporación al sector cooperativo de instituciones auxiliares del cooperativismo. Por consiguiente, el acto no implica el reconocimiento de personería jurídica, ya que ésta la debe conceder en razón de su naturaleza jurídica, del órgano o dependencia del estado a quien corresponda, de acuerdo con la competencia conferida por la ley.

2.5 **Las precooperativas**. La denominación de precooperativas corresponde a grupos o conjunto de personas que por carecer de capacidad económica, educativa, administrativa o técnica para organizarse de manera inmediata como cooperativas, resuelven someterse a la orientación y concurso de una entidad promotora con el fin de realizar actividades permitidas a las cooperativas, debiendo evolucionar de esta fase preliminar hacia un determinado tipo de sociedad cooperativa en un plazo de cinco años, prorrogable a juicio del DANCOOP. (*ibídem*, arts. 1249, 129).

2.6 **Otras formas asociativas**. Existen **otras** formas asociativas, que son los fondos de empleados, las asociaciones mutualistas (denominadas sociedades mutuarias por la Ley 24 de 1981) y las èmpresas de servicios constituídas por la

nación o las entidades territoriales como: "administraciones públicas cooperativas", a las cuales les son aplicables, en subsidio de disposiciones legales y normas estatutarias las disposiciones específicas de la ley cooperativa "mientras el gobierno expide los estatutos correspondientes". (Ley 79 de 1988, arts. 130 a 132). A las mismas se les ha reconocido capacidad para asociarse a cooperativas y organismos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo, según lo establezcan sus respectivos estatutos.

3. **La expresión "organismos cooperativos"**. Según el diccionario de la lengua española vigésima edición, el vocablo organismo tiene las siguientes acepciones: "1. conjunto de órganos del cuerpo animal o vegetal y de las leyes porque se rige. 2. Ser viviente. 3. Conjunto de leyes, usos y costumbres porque se rige un cuerpo o institución social. 4. Conjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o una institución".

Con fundamento en la acepción cuarta transcrita puede afirmarse que la expresión "organismo cooperativo" designa el conjunto de dependencias o entidades que forman el sector cooperativo, pues cada dependencia o entidad individualmente considerada, desde el punto de vista gramatical es un órgano cooperativo.

En la terminología empleada por la ley colombiana, sin embargo, el concepto de "organismo cooperativo", está asimilado al de órgano cooperativo. Y de este modo resulta que los organismo cooperativos en plural, son tanto los órganos cooperativos (las cooperativas, etc.), como el conjunto de los órganos o entidades que integran el sector cooperativo; debiendo acudirse al contexto normativo para definir en cuál sentido está utilizada la expresión.

Cuando la ley se refiere a los de segundo y tercer grado específicamente, antepone el sustantivo organismo y así dice: organismo de segundo grado, organismo de tercer grado u organismos de segundo y tercer grado, u organismos de grado superior.

LA SALA RESPONDE:

1. La expresión "organismo cooperativo" hace referencia a una cualquiera de las entidades que integran el sector cooperativo colombiano y que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 122 de la Ley 79 de 1988 son las siguientes: Las cooperativas, los organismos cooperativos de segundo y tercer grado, las instituciones auxiliares del cooperativismo y las precooperativas.

2. En los términos de los arts. 94 y 123 de la Ley 79 de 1988, las sociedades cooperativas y los organismos cooperativos de segundo y tercer grado, pueden crear instituciones auxiliares del cooperativismo.

3. La Ley 24 de 1981 concedió al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la facultad para reconocer personería jurídica, exclusivamente a las sociedades cooperativas. Por eso, es diferente la figura jurídica de reconocimiento de que trata el art. 94 de la Ley 79 de 1988, el que representa para las instituciones auxiliares del cooperativismo un acto administrativo de incorporación al sector

cooperativo. Por consiguiente, cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que han obtenido su personería jurídica por otra dependencia del estado, DANCOOP puede limitarse a efectuar su reconocimiento para los efectos de incorporarlas al sector cooperativo.

4. De acuerdo con lo previsto en el artículo 94 de la Ley 79 de 1988, también es posible que las personas naturales, exclusivamente, organicen instituciones auxiliares del cooperativismo y que éstas, a su vez, se asocien a organismos cooperativos de segundo grado.

5. Efectivamente, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1o. de la Ley 24 de 1981, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas le corresponde el ejercicio de facultades de inspección y vigilancia sobre todas las instituciones auxiliares del cooperativismo.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al Director del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria

Autorizada la publicación el 18 de noviembre de 1992.

MINISTRO DELEGATARIO-Funciones/**CONGRESO**-Facultades/ **CONGRESO**-Límites.

El Ministro delegatario puede ser citado al Congreso por cualquiera de las cámaras. Pero las citaciones, los debates y los cuestionarios que se le sometan sólo pueden versar sobre las funciones que ejerce como ministro, no sobre las facultades delegadas por el Presidente de la República.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

RADICACION No. 481.

Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, en relación con la posibilidad de que el Ministro Delegatario, quien ejerce las funciones de Presidente, sea citado al Congreso.

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

> "El Ministerio de Gobierno desea conocer el criterio de esa Honorable Sala en relación con la citación de los Ministros al Congreso y las facultades del Ministro Delegatario.
>
> El artículo 135 de la Constitución en su numeral 8, establece que es facultad de cada Cámara citar y requerir a los Ministros para que concurran a las sesiones. A su vez el artículo 206 *ibídem* perceptúa que los Ministros son Jefes de la Administración en su respectiva dependencia y en relación con el Congreso: "Son voceros del Gobierno, presentan a las Cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los Viceministros".
>
> De conformidad con las normas citadas está claro que el Presidente de la República, dada su investidura de Jefe de Estado y, a efecto de que su presencia no perturbe el normal transcurrir de las sesiones o que constituya factor de presión para la toma de decisiones, la Constitución ha previsto

que sean los Ministros o los Jefes de Departamento Administrativo quienes atiendan, a nombre del Gobierno, las citaciones del Congreso.

En el caso de la figura del Ministro Delegatario prevista en nuestra Constitución en el artículo 196, se determina que: "cuando el Presidente se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, según el orden de procedencia legal, ejercerá bajo su responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegue, tanto aquéllas que le sean propias como las que ejerce en su calidad de Jefe de Gobierno".

¿CON FUNDAMENTO EN LO ANTERIORMENTE EXPUESTO SE CONSULTA:

1. El Ministro Delegatario, quien ejerce funciones del Presidente durante su ausencia, puede ser citado al Congreso por cualquiera de las Cámaras?".

LA SALA CONSIDERA:

1.) El artículo 196 de la Constitución dispone que el Presidente de la República o quien lo reemplace "no podrá trasladarse a territorio extranjero durante el ejercicio de su cargo, sin previo aviso al Senado o, en receso de éste, a la Corte Suprema de Justicia" (inciso 1o).

La misma disposición agrega que "cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal ejercerá bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegue, tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en calidad de jefe del gobierno". La disposición agrega que "el ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente" (inciso 3o.)

2.) De la transcrita disposición constitucional la Sala infiere que el Ministro en quien el Presidente de la República delega algunas de sus funciones, cuando deba trasladarse "a territorio extranjero en ejercicio de su cargo", sin despojarse de las funciones que le corresponden también ejerce las delegadas. De manera que en la persona del ministro delegatario concurren las funciones propias del ministerio y las delegadas por el Presidente de la República.

3.) El ministro delegatario no reemplaza al Presidente quien, por el contrario, "delega algunas de sus funciones para trasladarse en ejercicio de su cargo "al exterior. En consecuencia, a diferencia del vicepresidente que debe reemplazar al Presidente de la República" en sus faltas temporales y absolutas" (artículo 202, inciso 3o. de la Constitución), o del designado que lo suple, con la misma finalidad, hasta 1994 (artículo 15 transitorio de la Constitución), el Ministro Delegatario mantiene la investidura y las funciones de ministro y no asume, como aquellos, la Presidencia de la República.

4.) Según el artículo 208, inciso 2o. de la Constitución, "los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las cámara proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros". Además, el artículo 135, numeral 8, de la Carta Política señala, como una de las facultades de las cámaras, "citar y requerir a los ministros para que concurran a las sesiones "en la oportunidad, en la forma y con las consecuencias por la omisión que la misma disposición contempla.

De manera que, de acuerdo con la Constitución, las cámaras pueden citar a los ministros para tratar asuntos relacionados con sus funciones, y ellos deben comparecer, participar en los debates y absolver el cuestionario escrito el día y hora señalados al efecto. "En caso de que los ministro no concurran, sin excusa aceptada por la respectiva cámara, ésta podrá proponer moción de censura" (artículo 135. No. 8, de la Constitución).

5.) También es función de cada Cámara "proponer la moción de censura respecto de los ministros por asuntos relacionados con funciones propias del cargo " (artículo 135, No. 9 de la Constitución).

La moción de censura, según la misma disposición, debe proponerse a lo menos por la décima parte de los miembros de la correspondiente cámara y "la votación se hará entre el tercero y el décimo día siguiente a la terminación del debate, en Congreso pleno, **con audiencia de los ministros respectivos**..." (la sala subraya).

La Sala considera que los ministros citados por las Cámaras para los debates especiales originados en la moción de censura como para los ordinarios, sin ninguna excepción deben comparecer y participar en ellos.

6.) Como las funciones del ministro delegatario son de dos clases, las atribuídas al ministro y las delegadas por el Presidente de la República, las citaciones que le hagan las Cámaras, los debates y los cuestionarios que se le sometan sólo pueden versar sobre las funciones que le están atribuídas como ministro y en modo alguno sobre las atribuciones que le delegará el Presidente de la República, quien no puede ser citado por las Cámaras.

CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO LA SALA RESPONDE:

El Ministro Delegatario puede ser citado al Congreso por cualquiera de las Cámaras. Pero las citaciones, los debates y los cuestionarios que se le sometan sólo pueden versar sobre las funciones que ejerce como ministro, no sobre las facultades delegadas por el Presidente de la República.

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, Roberto Suárez Franco,

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada la publicación el 19 de noviembre de 1992.

CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO/SINDICATO MINORITARIO/TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO-Duración/**SERVICIOS PUBLICOS/HUELGA**- Improcedencia/**SERVICIO PUBLICO ESENCIAL/MINISTERIO DE TRABAJO**-Facultades

El conflicto colectivo de trabajo promovido por un sindicato minoritario, que no pudo solucionarse completamente en la etapa de arreglo directo, debe someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. En consecuencia el sindicato minoritario puede pedir la convocatoria de un tribunal de arbitramento y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social efectuarla. De acuerdo con los artículos 477 y 478 del C.S.T., si no se estipuló un término de duración de la convención colectiva de trabajo ni éste se deduce de la clase de obra o trabajo, se entiende "celebrada por términos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses". Además, si nada se estipuló en contrario y ninguna de las partes manifestó por escrito, en la forma prescrita por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, su decisión de darla por terminada, en los sesenta (60) días anteriores a la expiración del término de duración de la convención, se entenderá prorrogada en períodos de seis meses contados "desde la fecha señalada para su terminación". Además, según el artículo 14, número 2o. del Decreto 616 de 1954, si se denuncia legalmente la convención colectiva de trabajo, "continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención". En consecuencia, desde la denuncia de la convención colectiva de trabajo, hecha en forma legal, el sindicato minoritario puede presentar un nuevo pliego de peticiones y, en este caso, si el conflicto laboral no se soluciona completamente en la etapa de arreglo directo, se lo debe someter a la decisión de un tribunal de arbitramento. Los conflictos colectivos de trabajo, promovidos por sindicatos minoritarios, que no se solucionaron completamente en la etapa de arreglo directo, según el artículo 36 del Decreto 2351 de 1965, deben someterse a la decisión de sendos tribunales de arbitramento. Si el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social denegó las solicitudes de convocatoria de estos tribunales, mediante recurso de la vía gubernativa, si fuere perti-

nente, o revocación directa, de oficio o a solicitud de parte, puede dejar sin efecto las correspondientes DECISIONES y convocar los tribunales de arbitramento.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 473. Ref.: Consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, relacionada con conflictos colectivos de trabajo de los sindicatos minoritarios (artículo 55, inciso 2° de la Constitución) y algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Se absuelve la consulta que el señor ministro de Trabajo y Seguridad Social hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En mi calidad de ministro de Trabajo y Seguridad Social, solicito a los Honorables Magistrados de esa Sala, su pronunciamiento respecto de los interrogantes que se formulan a continuación, previas las siguientes consideraciones:

El artículo 55, inciso 2o., de la Constitución Política establece:

'Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo'.

El Código Sustantivo del Trabajo señala como funciones generales de toda organización sindical, entre otras, la de presentar pliegos de peticiones, celebrar convenciones colectivas de trabajo, adelantar el trámite legal de la negociación y designar árbitros para la conformación de los tribunales de arbitramento (arts. 373 y 374).

Por su parte, el artículo 444 del mismo Código, modificado por el artículo 61 de la Ley 50 de 1990, dispone:

'Concluída la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

'La huelga o solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores (...)'.

Nótese como el inciso 2o. de la norma anteriormente transcrita, en orden a garantizar que la declaratoria de huelga o la solicitud de arbitramento sean objeto de una decisión mayoritaria, consagra la titularidad de este derecho

en "... la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores"; de suerte que en un conflicto colectivo promovido por un sindicato o sindicatos que no agrupan la mitad más uno de los trabajadores de la respectiva empresa, tal decisión debe ser adoptada por la mayoría absoluta de la totalidad de los trabajadores de la misma.

No obstante, puede suceder, como en efecto así ha ocurrido, que en la asamblea de todos los trabajadores de la empresa, la votación por una u otra alternativa no alcance la mayoría absoluta requerida por la ley, y consecuencialmente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no acceda a la respectiva solicitud de convocatoria de un tribunal de arbitramento.

De otra parte, el artículo 452 ibídem, modificado por el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, señala:

`1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación.'

En virtud de lo dispuesto en esta última disposición, en los conflictos que se presentan en los servicios públicos, por lo general, terminada la etapa de arreglo directo sin que se hubiere logrado un acuerdo, el sindicato o sindicatos que lo hubieren promovido, independientemente de si agrupan o no la mitad más uno de los trabajadores de la empresa, solicitan al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la convocatoria del tribunal de arbitramento, sin que previamente se haya sometido dicha decisión a la asamblea general del sindicato o sindicatos, según sea el caso.

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, se pregunta:

1. Cuál sería la solución del conflicto colectivo de trabajo promovido por un sindicato que no agrupa la mitad más uno de los trabajadores de la respectiva empresa, cuando terminada la etapa de arreglo directo sin que se hubiere logrado un acuerdo sobre el diferendo laboral, la votación para optar por la declaratoria de huelga o por la solicitud de un tribunal de arbitramento, no alcanza la mitad más uno de los trabajadores de la empresa?

2. En concordancia con lo anterior, ¿estaría facultado el sindicato minoritario para presentar un nuevo pliego de peticiones inmediatamente después de la fallida asamblea de trabajadores, no obstante lo previsto en los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, que hacen referencia a la prórroga de la convención colectiva y a la denuncia de la misma, respectivamente?

3. ¿El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en acatamiento del mandato constitucional contenido en el inciso 2o. del artículo 55 de la Carta, estaría facultado para ordenar oficiosamente la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio para que dirima tales conflictos colectivos de trabajo?

4. ¿Qué mecanismos se podrían adoptar para dar solución a los conflictos colectivos de trabajo de las organizaciones sindicales minoritarias, que ya se les negó la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, precisamente por no reunir las mayorías exigidas por la ley? Sería viable convocar un tribunal único de arbitramento para que decida los conflictos colectivos de trabajo a los cuales no se les ha dado solución por ser los sindicatos minoritarios?

5. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal a) del artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo, para someter el diferendo laboral que se presente en los servicios públicos a la decisión de un tribunal de arbitramento, independientemente de si el sindicato agrupa o no la mitad más uno de los trabajadores de la empresa, ¿se debe realizar la asamblea de que trata el artículo 444 del mismo Código? En estos casos, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social estaría facultado para ordenar la constitución de los tribunales de arbitramento inmediatamente después de terminada la etapa de arreglo directo y sin que los trabajadores hayan realizado la referida asamblea?

En los anteriores términos dejo expuestas a la Sala, las inquietudes relacionadas con la solución de los conflictos colectivos de trabajo de los sindicatos que no agrupan la mayoría absoluta de los trabajadores de una determinada empresa, así como la referida a la convocatoria del tribunal de arbitramento para la definición de los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos".

LA SALA CONSIDERA:

1°) El artículo 3°, número 2, de la ley 48 de 1968 disponía que "en cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, los trabajadores, en asamblea general, podrán solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio...". El inciso 2° *ibídem* agregaba que "el ministro de trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de éstos, de los trabajadores, en asamblea general someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desea o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo...".

2°) El artículo 9° de la Ley 39 de 1985 subrogó la transcrita disposición, como la Sala consideró en conceptos de 9 de marzo y 25 de agosto de 1988, al prescribir que "concluído 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...".

De la transcrita disposición, reiterada por el artículo 1°, inciso 1°, del decreto reglamentario 477 de 1986, la Sala dedujo, en concepto de 25 de agosto de 1988, que no es "según la nueva legislación el sindicato mayoritario el exclusivo titular para presentar pliego de peticiones, sino también el sindicato minoritario y los no sindicalizados, y en cuanto a la facultad para declarar la huelga los tres son titulares en potencia para hacerlo, con la precisión de que el titular real para declararla es el primero que haya presentado el pliego de peticiones y haya impulsado el proceso para buscar la convención colectiva". La Sala agregó que es necesario precisar "que cuando el sindicato mayoritario declara la huelga ésta produce efectos generales, en tanto que si la declaración la hace el sindicato minoritario... sus efectos son restringidos, con incidencia sólo para ellos...".

3°) Pero el artículo 61 de la ley 50 de 1990 sustituyó el artículo 9° de la ley 39 de 1985 y dispuso:

"Concluída la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento.

"La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores.

"Para este efecto, si los afiliados al sindicato o sindicatos mayoritarios o los demás trabajadores de la empresa laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas en cada uno de ellos, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y el resultado final de ésta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas...".

Además, el artículo 51 de la ley 50 de 1990 adicionó el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo con el siguiente parágrafo: "Cuando en el conflicto colectivo esté comprometido un sindicato de industria o gremial que agrupe más de la mitad de los trabajadores de la empresa, éstos integrarán la asamblea para adoptar pliegos de peticiones, designar negociadores y asesores y optar por la declaratoria de huelga o someter el conflicto a la decisión arbitraria".

4°) De las transcritas disposiciones se infiere que, si concluyó la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieran logrado pleno acuerdo sobre sus diferencias laborales, la mayoría de los trabajadores de la empresa o la asamblea general de los afiliados al sindicato o a los sindicatos que congreguen a la mayor parte de ellos, debe resolver si declara la huelga o solicita la convocatoria de un tribunal de arbitramento.

La Sala considera que el artículo 61 de la ley 50 de 1990 tiene por finalidad hacer que la huelga sea declarada por la mayoría de los trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados.

De este modo el legislador rectificó el artículo 9º de la ley 39 de 1985 que hacía posible, con claro sentido de los derechos laborales, que un sindicato minoritario, si se agotaba la etapa de arreglo directo sin pleno acuerdo entre las partes, pudiera declarar la huelga, decisión que, aunque no obligaba a la mayoría de los trabajadores de la empresa, comprometía a sus afiliados. Este criterio también había sido prescrito por los artículos 26 y 31 del Decreto 2351 de 1965 y, como se indicó, por el artículo 3º, número 2, de la ley 48 de 1968.

5º) Sin embargo, la Sala considera que si para la declaración de la huelga se requiere la indicada mayoría, los sindicatos minoritarios, que no lograron satisfacer todas sus peticiones en la etapa de arreglo directo, pueden pedir —y su solicitud debe ser satisfecha— la convocatoria de un tribunal de arbitramento: porque el artículo 55 de la Constitución, que "garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley", y dispone que "es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo", reformó el artículo 61 de la ley 50 de 1990 en cuanto reconoce y garantiza "el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales"; porque la transcrita legislación laboral también ofrece, ante la falta de acuerdo entre las partes sobre todos los puntos del pliego de peticiones, un claro dilema: la huelga o el tribunal de arbitramento con la finalidad, que es de orden público, de dar solución al conflicto de carácter laboral; porque, de lo contrario habría un impase con un conflicto laboral, real o latente, sin posibilidades de solución, en oposición a la finalidad del artículo 55 de la Constitución y de la legislación laboral; porque el artículo 374, número 2, del Código Sustantivo del Trabajo faculta a los sindicatos, sin ninguna condición, para "presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios"; porque el artículo 37 del Decreto 2361 de 1965 —que subrogó el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo —dispone que "las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos —y por ende, según el artículo 461, número 1, del Código Sustantivo del Trabajo, los fallos arbitrales que profieran los tribunales de arbitramento— cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellos o ingresen posteriormente al sindicato", *lo que claramente significa que la ley autoriza a los sindicatos minoritarios para celebrar convenciones colectivas de trabajo*, y porque el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965 —que subrogó el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo— dispone que "cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados" y que esta disposición también debe regir "cuando el número de afiliados

al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención", *lo que denota que la ley no sólo autoriza a los sindicatos minoritarios para celebrar convenciones colectivas de trabajo sino también, si congregan a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, para beneficiar con la convención a todos ellos.*

Con fundamento en lo expuesto LA SALA RESPONDE:

1°) El conflicto colectivo de trabajo, promovido por un sindicato minoritario, que no pudo solucionarse completamente en la etapa de arreglo directo, debe someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento. En consecuencia, el sindicato minoritario puede pedir la convocatoria de un tribunal de arbitramento y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social efectuarla.

2°) De acuerdo con los artículos 477 y 478 del Código Sustantivo del Trabajo, si no se estipuló un término de duración de la convención colectiva de trabajo ni éste se deduce de la clase de obra o trabajo, se entiende "celebrada por términos sucesivos de seis (6) en seis meses". Además, si nada se estipuló en contrario, y ninguna de las partes manifestó por escrito, en la forma prescrita por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, su decisión de darla por terminada, en los sesenta (60) días anteriores a la expiración del término de duración de la convención, se entenderá prorrogada por períodos de seis meses, contados "desde la fecha señalada para su terminación".

Además, según el artículo 14, número 2, del Decreto 616 de 1954, si se denuncia legalmente la convención colectiva de trabajo, "continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención". En consecuencia, desde la denuncia de la convención colectiva de trabajo, hecha en forma legal, el sindicato minoritario puede presentar un nuevo pliego de peticiones y, en este caso, si el conflicto laboral no se soluciona completamente en la etapa de arreglo directo, se lo debe someter a la decisión de un tribunal de arbitramento.

3°) Los conflictos colectivos de trabajo, promovidos por sindicatos minoritarios, que no se solucionaron completamente en la etapa de arreglo directo, según el artículo 36 del Decreto 2351 de 1965, deben someterse a la decisión de sendos tribunales de arbitramento. Si el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social denegó las solicitudes de convocatoria de estos tribunales, mediante recurso de la vía gubernativa, si fuere pertinente, o revocación directa, de oficio o a solicitud de parte, puede dejar sin efecto las correspondientes decisiones y convocar los tribunales de arbitramento.

4°) El artículo 34, letra a), del Decreto 2351 de 1965 —que subrogó el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo— dispone que deben someterse a arbitramento obligatorio, que excluye la posibilidad de declarar la huelga, entre otros, "los conflictos del trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación". A este respecto, el artículo 1° del Decreto 753 de 1956, que sustituyó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, determina taxativamente, en las letras a), b), c), d), e), f), g) y h), las actividades que define como servicios públicos.

Es claro que en estos casos, en que procede el arbitramento obligatorio, surtida la etapa de arreglo directo sin que se hubiera solucionado completamente el conflicto laboral, a solicitud de los trabajadores o de oficio, se debe convocar el tribunal de arbitramento para que lo decida.

Sin embargo, como el artículo 56 de la Constitución "garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador", y además dispone que "la ley reglamentará este derecho", el artículo 1° del Decreto 753 de 1956, que determina, para los efectos de la prohibición de la huelga, los servicios públicos, sólo mantiene vigencia hasta cuando sea reemplazado por la ley que, de conformidad con el artículo 56 de la Constitución, defina "los servicios públicos esenciales" y reglamente el derecho de huelga.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco, Elizabeth Castro R.,* Secretaria.

Autorizada su publicación el 25 de noviembre de 1992.

EXPLOTACION DE CARBON/IMPUESTOS/REGALIAS/MINAS DE CERREJON/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY-Improcedencia

En las transferencias de regalías y de impuestos provenientes de la explotación de carbón en las minas de "Cerrejón" deben aplicarse los porcentajes del 35% para el departamento de la Guajira y del 20% para el municipio de Barrancas, afectando en un 5% a la Empresa Oficial Carbocol contratante del recurso minero. Al artículo 134 de la Ley 6a. de 1992 no se le puede conceder efectos retroactivos: de consiguiente afecta situaciones jurídicas posteriores a su vigencia. Sólo las regalías e impuestos causados a partir del 30 de junio de 1992 tienen que distribuírse en la forma indicada y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Radicación No. 474.

Referencia: Consulta relacionada con las regalías y/o impuestos provenientes de la explotación de carbón (art. 134 Ley 6a. de 1992).

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. El artículo 134 de la Ley 6a. de 1992, por la cual se expiden normas en materia tributaria, en el artículo 134 dispuso que de los ingresos producidos por las regalías y/o impuestos provenientes de la explotación de carbón del Cerrejón Zona Norte, correspondiente al período de 1991 posterior al 1o. de junio de dicho año y el año de 1992, CARBOCOL transferirá el 35% al departamento de la Guajira y el 20% al municipio de Barrancas, Guajira.

Antes de la vigencia de la disposición mencionada, tanto para el departamento como para el municipio citados, al igual que para todos los departamentos y municipios del país, se han venido aplicando las disposiciones generales que sobre la materia consagra el Código de Minas según las cuales, a la entidad departamental le corresponde el 18% y a la entidad local el 20% a título de transferencias del producido de regalías e impuestos provenientes de la explotación de carbón de propiedad nacional.

El mismo Código, en el inciso tercero del artículo 217, prevé que tratándose de proyectos de explotación de gran minería, el valor de la regalía se distribuye, por partes iguales, entre la Nación y la correspondiente empresa oficial receptora de dicha regalía.

Tal inciso reza: "El valor de la regalía negociado por las empresas industriales y comerciales del Estado serán distribuido por partes iguales entre la Nación y la correspondiente empresa. El CONPES se encargará de establecer cómo se distribuye la parte que le corresponde a la Nación".

A lo anterior se agrega que el Estatuto Minero, en el artículo 233, consigna el principio según el cual, salvo disposición legal expresa en contrario. las transferencias que se han otorgado o se otorguen de la totalidad o parte de las regalías en favor de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, se entienden referidos exclusivamente a las que estuvieren o están establecidas como ingresos de la Nación y agrega: "En consecuencia, los cánones, regalías, participaciones y beneficios pactados a su favor por los organismos descentralizados en la explotación de sus aportes mineros, pertenecen en su totalidad a éstos.

El precepto anterior, tratándose de las transferencias consagradas en el Código, del 18% para el departamento y el 20% para el municipio, no tienen dificultad alguna por cuanto los dos porcentajes, sumados, pueden pagarse, en los proyectos de gran minería, de la parte del producido que corresponde a la Nación. En cambio, si se aplica el artículo 134 de la ley 6 de 1992, la suma de las transferencias al departamento y al municipio arroja un total del 55%, caso en el cual, teniendo en cuenta el citado precepto del Código, habría que tomar para el efecto, la totalidad de la parte de la Nación (el 50%) y necesariamente, mientras rija la norma transitoria de la antedicha ley, completar el monto a transferirse, con cinco puntos porcentuales de los que corresponden a la empresa descentralizada contratante. El resultado numérico sería, el siguiente:

Empresa	45%
Departamento	35%
Municipio	20%
Nación	00%
	100%

2. De acuerdo con el artículo 230 del Código de Minas, sobre el carbón de propiedad nacional pesa un impuesto del 5% del valor de la producción en boca de mina, valor éste que semestralmente lo señala, para todo el país, el Ministerio de Minas y Energía (art. 216 *ibídem*). Del producido de este gravamen participan entre varias entidades, el departamento y el municipio de ubicación de las minas, en un 18% y un 20% respectivamente (art.229 *ibídem*).

El mencionado impuesto lo paga el minero por trimestres vencidos y como nada dice la ley sobre la época o término en que la entidad recaudadora debe hacer las transferencias a las entidades territoriales, hay que entender que las debe efectuar inmediatamente después del recaudo, también por trimestres.

Es claro que al entrar en vigencia el artículo 134 de la ley 6a. de 1992, la liquidación y pago trimestrales del impuesto, en lo que toca con los dos trimestres finales de 1991 y los dos primeros trimestres de 1992, ya se había producido y por consiguiente las transferencias de los porcentajes a los departamentos y municipios ya se habían hecho, la entidad recaudadora ya había invertido o girado las cuotas partes que del producto del impuesto tenían que ir al Fondo de Fomento del Carbón y a otras entidades beneficiarias.

3. La situación creada de la ley 6a. de 1992, al referirse en su artículo 134 a operaciones y lapsos anteriores a su vigencia, conduce a pensar con serio fundamento, en que puede estar en ostensible y expresa contradicción con la Constitución Nacional.

En efecto, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 338 de la Carta, la ley en mención, que es inequívocamente de carácter tributario, no podía regular el reparto de unos ingresos fiscales correspondientes a períodos o épocas anteriores a su vigencia.

Este aspecto del problema se destaca aún más si se tiene en cuenta el artículo 363 de la misma Carta que en forma perentoria ordena que las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

Surge desde luego la duda de si frente a la contradicción manifiesta de un precepto legal como el que se analiza con la Constitución, cabría por parte de la entidad descentralizada nacional que debe dar ejecución a tal precepto, abstenerse de aplicarlo teniendo en cuenta los efectos retroactivos que expresamente contempla. Esta duda tiene justificado fundamento en razón de que el principio de la inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales ha sufrido una nueva formulación normativa en el artículo 4o. de la Carta y sobre el cual aún no ha habido opiniones ni decisiones jurisdiccionales que puedan servir de guía en la materia.

Se consulta:

¿Para poder efectuar las transferencias del 35% y del 20% al departamento y al municipio de acuerdo con el artículo 134 de la Ley 6a. de 1992, te-

niendo en cuenta a la vez el precepto contenido en el artículo 233 del Código de Minas, se debe tomar todo el porcentaje de la Nación en las regalías de los proyectos de gran minería que es del 50% y completar el faltante del 5% del 50% de la empresa oficial contratante del recurso minero?

¿La transferencia al departamento que el artículo 134 de la Ley 6a. de 1992 incrementó temporalmente del 18% al 35% de los ingresos provenientes de la explotación de carbón puede tener efecto retroactivo desde el 1o. de julio de 1991 o solamente se puede hacer efectiva a partir del 30 de junio de 1992 fecha ésta en que entró a regir la mencionada ley?

¿Para efectos de establecer la aplicación del artículo citado de la Ley 6a. de 1992, se debe tener en cuenta la fecha de causación de las regalías y/o el impuesto o la fecha en que el producido de la regalía o el impuesto entre a la caja de la entidad descentralizada recaudadora?

LA SALA CONSIDERA

Dispone el artículo 361 de la Constitución Nacional:

"Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignadas a los departamentos y municipios, se creará un fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioridades en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales".

La norma constitucional es lo suficientemente clara al consagrar una apropiación de regalías para que sean asignadas a los departamentos y municipios, aunque no determinó su monto o cuantía. Esto se entiende que corresponderá fijarlo a la ley, si se tiene en cuenta que, a renglón seguido, la norma ordena la creación del Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales conforme a la ley.

En el Código de Minas, expedido con anterioridad a la vigencia de la Constitución, existen normas que se relacionan con el tema debatido pero ellas deben interpretarse en sus alcances dentro del ámbito de aplicación de la nueva normatividad de la Carta.

Según el artículo 228 del Código de Minas:

"El impuesto a la producción de carbón se liquidará y recaudará por Carbones de Colombia S.A. y se distribuirá así:

a) El veinte por ciento (20%) para los municipios en cuyo territorio se adelante la explotación.

b) El veinte por ciento (20%) para los departamentos en cuyo territorio se adelante la explotación. En caso de estar creada o de crearse una corpora-

ción autónoma regional, la participación del departamento será del dieciocho por ciento (18%)".

"El valor de la regalía negociado por las empresas industriales y comerciales del Estado —según el artículo 217 del mismo Código— será distribuído por partes iguales entre la Nación y la correspondiente empresa. El CONPES se encargará de establecer cómo se distribuye la parte que le corresponde a la Nación".

La ley 61 de 1979, en su artículo 4o. creó el denominado impuesto al carbón, consistente en que "todas las personas que a cualquier título exploten carbón en el territorio nacional", deben pagar a partir del 1o. de enero de 1980, el 5% del valor en boca de mina del mineral extraído. Su recaudación se asignó al Fondo Nacional del Carbón, correspondiendo al Ministerio de Minas y Energía determinar para cada semestre el precio básico por tonelada de carbón, para efectos de la liquidación del impuesto en todo el país.

El artículo 6o. de la Ley 61 de 1979, al establecer la distribución que debía hacerse del producto del impuesto recaudado por la explotación del carbón, determinó que un sesenta por ciento (60%) será para el Fondo Nacional del Carbón, y el cuarenta por ciento (40%) restante, por mitades, para los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelante la explotación.

La anterior distribución fue modificada por la Ley 76 de 1985, artículo 10, con la finalidad de incluir en los porcentajes a las Corporaciones Autónomas Regionales y a la Región de Planificación de la Costa Atlántica. Esta disposición a su vez fue reproducida, sustancialmente, por el Código de Minas (artículo 229). Según ella, los beneficiarios (Fondo Nacional del Carbón, departamento, municipios, C.A.R. y CONPES de la Costa Atlántica), recibirán en adelante los porcentajes fijados en la norma.

Con ocasión de la expedición del Código de Minas (Decreto-Ley 2655 de 1988), en el Capítulo XXIV se reglamentó lo relativo a las contraprestaciones económicas que el Estado percibe como retribución por el aprovechamiento que obtienen personas a quienes se les ha otorgado el derecho a explorar o explotar recursos minerales. En este sentido, el artículo 13 establece que son de cuatro clases las contraprestaciones económicas:

- Canon superficiario: es la suma de dinero que deben pagar los beneficiarios de licencias de exploración en tratándose de proyectos de gran minería.

- Regalías: son un porcentaje sobre el producto bruto explotado que la Nación exige como propietaria de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales y comerciales del Estado titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción. "Consiste en un pago que el inversionista privado hace al Estado por el derecho a utilizar el subsuelo de su propiedad, medido en un porcentaje del total de las reservas extraídas. El pago de la regalía puede estipularse en dinero o en especie y normalmente se hace en boca de mina, por considerarse que en ese lugar termina la actividad propiamente minera, y se inician otras, tales como el transporte, que se rige por otros parámetros

económicos" (Andrés Restrepo Londoño, citado por Alvaro Bahamón Castilla. Fondo Editorial Legis. Bogotá, 1988).

- Participaciones: son contraprestaciones, diferentes de los cánones y regalías, convenidas en los contratos de exploración y explotación que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de las áreas recibidas por éstas en aporte.

- Impuestos específicos: son aquellos gravámenes fiscales establecidos por normas especiales y para determinados minerales.

Respecto de regalías, el Código de Minas prevé que los recaudos, por este concepto, provenientes de la explotación en la "pequeña y mediana" minería se destinarán y distribuirán en un setenta por ciento (70%) para los municipios en cuya jurisdicción se encuentran las correspondientes minas, proporcionalmente el área sometida a licencia o contrato localizada en cada uno. El treinta por ciento (30%) restante se destinará para los Fondos de Fomento Minero, con excepción de los casos de área otorgadas en aportes a las empresas industriales o comerciales del Estado, evento en el que se dividirá ese treinta por ciento (30%) en partes iguales entre dichas empresas y los Fondos de Fomento Mineros (artículo 217, ibídem).

En cuanto se refiere a los proyectos de "gran minería", el mencionado artículo dispone que el destino de los recaudos por concepto de regalías será distribuído por partes iguales entre la Nación y la empresa industrial y comercial del Estado encargada de negociar su valor. El CONPES es el encargado de establecer cómo se distribuye la parte correspondiente a la Nación.

Según el artículo 229 del Código de Minas, corresponde a la empresa Carbones de Colombia S.A. (CARBOCOL), liquidar y recaudar el impuesto a la producción del carbón previsto en el artículo inmediatamente siguiente. Este impuesto deberá ser pagado trimestralmente por "las personas que a cualquier título exploten carbón" y es equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del mineral en boca de mina.

La legislación minera, como puede deducirse de las normas mencionadas en los acápites anteriores, distingue entre los conceptos de impuestos, regalía, canon superficiario y participación, los cuales representan contraprestaciones económicas claramente diferenciadas, lo que permite comprender sin riesgo de incurrir en equívoco, el lenguaje del Código en relación con dichos conceptos.

Por otra parte, mediante la ley 06 de 1992 (junio 30) se expidieron normas en materia tributaria, se otorgaron facultades para emitir títulos de la deuda pública interna, se dispuso un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dieron otras disposiciones.

Particularmente en el artículo 134 se reglamentó lo concerniente a la transferencia de unas regalías y de unos impuestos en los siguientes términos:

"De los ingresos provenientes de regalías y/o impuestos provenientes de la explotación de carbón del Cerrejón Zona Norte, correspondiente al período de 1991 posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política y al año de 1992, Carbocol transferirá el 35% al Departamento de la Guajira y el 20% al Municipio de Barrancas (Guajira). Los recursos transferidos se aplicarán a los fines señalados en el artículo 361 de la Constitución Política".

Según lo anterior, son varios los aspectos reglamentados por la norma transcrita:

- En primer término se afectan los ingresos de regalías provenientes de la explotación del carbón. Lo propio ocurre con los impuestos cuya fuente sea la misma: la explotación del carbón. Pero en uno y otro caso la liquidación se circunscribe a las minas del Cerrejón y Zona Norte y afecta al período de 1991, "posterior a la vigencia de la Constitución Política y al año de 1991".

- Tal afectación se concreta en los porcentajes de distribución fijados en la norma así: 35% para el departamento de la Guajira y 20% para el municipio de Barrancas.

- Concluye la disposición que los recursos transferidos se aplicarán a los fines señalados en el artículo 361 de la Constitución cuales son, la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

Por lo demás, conforme a principios de sana hermenéutica "una ley posterior prima sobre la anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior y ambas preexistentes al hecho que se juzga se aplicará la ley posterior" (art. 2o. Ley 153 de 1887). Así mismo, "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general" (art. 5o. Ley 57 de 1887).

Por otra parte, el artículo 4o. de la Carta eleva la Constitución Nacional, a la categoría de norma de normas y agrega: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

En el caso consultado es incuestionable que la ley 06 de 1992, posterior en el tiempo al Código de Minas, prima sobre éste en relación con aquellas materias que tengan una misma generalidad o especialidad.

Lo propio ocurre con relación al artículo 134 que contiene una reglamentación especial, cual es la referente a una transferencia sobre regalías e impuestos, liquidados sobre los tributos que recibe Carbocol, en un período de tiempo determinado, frente a lo contemplado por el Código de Minas que reglamenta las transferencias de regalías e impuestos provenientes, de la explotación del carbón, con vigencia indefinida.

En lo concerniente a la aplicación de la disposición por el factor tiempo debe estarse, ante todo, a la normatividad constitucional que prima sobre cualquier or-

denamiento legal, de acuerdo a la cual las leyes tributarias no tienen efecto retroactivo.

SE RESPONDE:

Primero. En las transferencias de regalías y de impuestos provenientes de la explotación del carbón en las minas del "Cerrejón" deben aplicarse los porcentajes del 35% para el departamento de la Guajira y del 20% para el municipio de Barrancas, afectando en un 5% a la Empresa Oficial Carbocol, contratante del recurso minero.

Segundo. Al artículo 134 de la ley 6a. de 1992 no se le pueden conceder efectos retroactivos; de consiguiente, afecta situaciones jurídicas posteriores a su vigencia. Sólo las regalías e impuestos "*causados*" a partir del 30 de junio de 1992 tienen que distribuírse en la forma indicada y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase, en senda copias auténticas, a los señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

Autorizada su publicación el 25 de noviembre de 1992.

EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES/ REGALIAS-Distribución/**FONDO NACIONAL DE REGALIAS-**Beneficiarios

La voluntad expresada en la Constitución consiste en que la totalidad de las regalías causadas por la explotación en el territorio del Estado de los recursos naturales no renovables, sean entregados a los departamentos y municipios y, en su caso "a los distritos y territorios indígenas, las unas directamente a aquellas entidades territoriales en donde se adelantan las explotaciones, y las otras, que hoy en día corresponde al porcentaje asignado a la Nación, a través del Fondo Nacional de Regalías. Se procura instaurar una política de descentralización de los dineros provenientes de las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado por la Explotación de los recursos naturales no renovables, de manera que al beneficiar a los departamentos y municipios, estas entidades dispongan de recursos financieros adicionales para impulsar su desarrollo. Hasta que se haga el debido desarrollo legal de los criterios consagrados en los artículos 360 y 361 de la Constitución, la Sala considera que las normas legales sobre distribución de regalías, vigentes en la fecha de expedición de la Nueva Carta Política, prolongan sus efectos jurídicos y deben ser aplicadas en su integridad.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Ref: Consulta sobre los criterios de distribución de las regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables. Radicación No. 476

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, luego de ilustrar a la Sala sobre las normas legales que fijan los criterios y porcentajes de distribución de las regalías pagadas por la explotación de los recursos naturales no renovables —menciona los casos relacionados con el Carbón, las Esmeraldas, el Níquel, el Hierro, el Cloruro de Sodio o Sal Común, y los Hidrocarburos—, hace alusión a las nuevas normas consagradas en la Constitución de 1991 sobre el tema (artículos 360 y 361), y formula la siguiente consulta:

1. ¿Debe entenderse que se mantiene la vigencia jurídica de las leyes que determinan la distribución de las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables hasta tanto expida el legislador la normatividad relacionada con el Fondo Nacional de Regalías, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 361 de la Constitución Política?

2. En caso contrario, ¿estamos ante un vacío jurídico que impide la aplicación y ejecución del ordenamiento legal vigente correspondiente al derecho minero y de hidrocarburos?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. **Antecedentes legales**. En Colombia ha sido tradicionalmente la ley, cuyas disposiciones se encuentran contenidas de manera particular en el Código de Minas y en el Código de Petróleos, la encargada de fijar los porcentajes de distribución de las regalías provenientes de la explotación de los recursos no renovables.

De la destinación de las regalías de pequeña, mediana y gran minería, así como de las provenientes de la explotación del carbón, de las esmeraldas, del níquel, del hierro, del cloruro de sodio, de conformidad con el Código de Minas y otras disposiciones, participan la Nación, los departamentos y los municipios productores, Corporaciones Regionales, Fondos de Fomento Minero y empresas industriales y comerciales del Estado titulares de aportes mineros; y de la repartición de las regalías provenientes de la explotación de hidrocarburos, según el Código de Petróleos y numerosos decretos, participan entidades tales como la Nación, los departamentos y municipios productores, ECOPETROL, los Consejos Regionales de Planificación y las Corporaciones Autónomas Regionales.

Los beneficiarios de las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables son, por tanto, la Nación, entidades territoriales y otras entidades u organizaciones de diversa naturaleza jurídica. Todo de acuerdo con las disposiciones legales expedidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991.

II. **Nuevos criterios constitucionales**. La nueva Constitución Política, en su artículo 360, regula de manera general los aspectos fundamentales en relación con los recursos naturales no renovables, y así dispone:

a. Que la ley determinará las condiciones para la explotación de dichos recursos;

b. Que su explotación causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte;

c. Que la ley determinará los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos; y

d. Que los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de tales recursos naturales, al igual que los puertos marítimos y fluviales por donde sean transportados, ellos o sus derivados, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado.

El artículo 361 de la Carta Política, a su turno, versa sobre la creación por ley de la República de un Fondo Nacional de Regalías, en las siguientes condiciones:

> a. El Fondo se formará con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios;
>
> b. Sus recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley; y
>
> c. Los fondos se aplicarán, específicamente, a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

De manera que, de conformidad con el criterio constitucional, las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables se destinarán primeramente, en los porcentajes que determine la ley, a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten las explotaciones, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde sean transportados tales recursos naturales o sus derivados. El producto de las regalías restantes o sea los ingresos no asignados a los departamentos, municipios y puertos marítimos y fluviales ya mencionados, deberá destinarse a la formación de un Fondo Nacional de Regalías del cual serán beneficiarios, en los términos que señale la ley, las entidades territoriales.

Como las entidades territoriales son, según la enumeración que hace el artículo 286 de la nueva Constitución, los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, una vez organizado por el legislador el Fondo Nacional de Regalías, solamente esta clase de entidades tendrán la condición de beneficiarias del mismo.

Se advierte que en caso de falta de disposiciones especiales para los distritos, a éstos les serán aplicables las vigentes para los municipios (arts. 322 incisos segundo y 328) y que en cuanto a las entidades territoriales indígenas una vez conformadas con sujeción a la Ley de Ordenamiento Territorial y delimitadas por el Gobierno Nacional en la forma dispuesta por el art. 329 de la Constitución, también deberán participar en los beneficios del Fondo Nacional de Regalías, en los términos que señale la ley.

Es pertinente deducir, en consecuencia, que la voluntad expresada en la Constitución consiste en que la totalidad de las regalías causadas por la explotación en el territorio del Estado de los recursos naturales no renovables, sean entregados a los departamentos y municipios y, en su caso, a los distritos y territorios indígenas, las unas directamente a aquellas entidades territoriales en donde se adelantan las explotaciones, y las otras, que hoy en día corresponde al porcentaje asignado a la Nación, a través del Fondo Nacional de Regalías.

Con el criterio expuesto, se procura instaurar una política de descentralización de los dineros provenientes de las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables, de manera que al beneficiar a los departamentos y municipios (distritos y territorios indígenas), estas entidades dispongan de recursos financieros adicionales para impulsar su desarrollo.

Sin embargo, los nuevos fundamentos constitucionales en materia de derecho minero y de hidrocarburos, relacionados directamente con la distribución de las regalías, para entrar a regir están supeditados por voluntad expresa del constituyente, a la expedición de las leyes en las cuales se concreten tanto los derechos de participación de los departamentos y municipios en cuya jurisdicción se hagan las explotaciones como de los puertos marítimos y fluviales por donde se efectúen las operaciones de transporte y, con las regalías restantes, sea organizado el Fondo Nacional de Regalías que tendrá como beneficiarios a las entidades territoriales.

Por consiguiente, hasta que se haga el debido desarrollo legal de los criterios consagrados en los artículos 360 y 361 de la Constitución, la Sala considera que las normas legales sobre distribución de regalías, vigentes en la fecha de expedición de la Nueva Carta Política, prolongan sus efectos jurídicos y deben ser aplicadas en su integridad.

Solución en sentido contrario, conduciría en desmedro del principio de prevalencia del interés general que la Carta Política expresa en su artículo 1o., a aceptar un vacío jurídico, al dejar sin aplicación la legislación sobre regalías, lo que por paradoja redundaría en perjuicio de las entidades territoriales, o bien a poner en vigencia, de inmediato, las normas constitucionales ya mencionadas, con prescindencia de la ley que ellas mismas ordenan expedir y que es la única que puede establecer los derechos de los beneficiarios y fijar los porcentajes de distribución.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

REVISION DE CONTRATO/CONTRATO DE OBRA PUBLICA/CONTROL DE TUTELA/LEY ESPECIAL/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Facultades/

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco.*

Radicación No. 795.

Referencia: Contrato de obra pública No. 602-92, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Construcciones Civiles S.A. CONCIVILES S.A.

En ejercicio de atribuciones que a esta Sala confieren los artículos 50, 51 y 252 del Decreto 222 de 1983; 253 y 256 del Código Contencioso Administrativo, el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, ha remitido el contrato de la referencia, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Construcciones Civiles S.A. "CONCIVILES S.A.".

El ámbito de la revisión comprende la autorización legal en virtud de la cual se celebra el contrato; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las partes; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal.

OBJETO DEL CONTRATO

Consiste en la obligación que contrae el Contratista de ejecutar para el Fondo Vial Nacional, por el sistema de precios unitarios, los estudios, diseños y construcción del puente sobre el río Atrato en Yuto, en la carretera Quibdó-Istmina, de conformidad con la propuesta presentada el 9 de abril de 1992, (cuaderno No. 2), aprobada por el Fondo Vial Nacional (Cláusula primera).

LAS PARTES CONTRATANTES:

1) El Fondo Vial Nacional, establecimiento público del orden nacional, creado mediante Ley 64 de 1967, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, representado legalmente por el Ministro, doctor Jorge Bendeck Olivella, quien obra plenamente facultado por la Ley 30 de 1982 y el Decreto 1173 de 1980.

2) Construcciones Civiles S.A. CONCIVILES S.A., sociedad constituída mediante Escritura Pública No. 3734 del 9 de noviembre de 1950 otorgada en la Notaría 2a. del círculo de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad bajo el No. 10953, con matrícula mercantil No. 009525-4; inscrita, calificada y clasificada en el Registro de Constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, vigente desde el 10 de marzo de 1992 hasta el 9 de marzo de 1994, según consta en el certificado expedido por el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas (fl. 811). Representada legalmente por Carlos Armando Garrido Otoya, en su condición de Gerente y quien está autorizado por la Junta Directiva para celebrar el contrato, de conformidad con el Acta 146 de 5 de marzo del presente año (fls. 566-565 cuaderno No. 2). Y quien además, manifiesta bajo la gravedad del juramento que la sociedad que representa no se encuentra incursa en causal alguna de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en los artículos 8 a 10 del Decreto 222 de 1983.

EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION

- La contratación se adelantó por medio del procedimiento de la licitación pública nacional, a la cual le correspondió el número 024-91.

- Mediante la Resolución No. 17408 del 20 de diciembre de 1991, se ordenó la apertura de la licitación pública nacional con el fin de obtener, los estudios, diseños y construcción del puente sobre el río Atrato en Yuto, en la carretera Quibdó-Istmina (fls. 640-639 cuaderno principal).

- Constan las Resoluciones 17895 del 30 de diciembre/91, aclaratoria de la No. 17408 del 20 de diciembre del mismo año, las cuales fueron modificadas por la No. 3318 del 6 de abril de 1992 (fls. 643-642).

- Están las publicaciones de ley efectuadas en más de cuatro oportunidades en periódicos de amplia circulación nacional (fls. 759, 758, 756, 754 a 751 cuaderno principal).

- Con el Acta No. 014-A-92 del 20 de marzo del presente año se produjo la apertura de la licitación (fl. 760).

- Con fecha 20 de abril del presente año, Acta No. 016A-92, se cerró la licitación (fl. 761).

- La Junta de Licitaciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, mediante Acta No. 010-92 de 19 de junio de 1992, aplaza la adjudicación, con el fin de que se estudie la oferta presentada por Conciviles S.A. (fls. 776-765).

- Se reúne nuevamente la Junta de Licitaciones el 23 de junio/92 y con Acta No. 011-92 (fls. 779 a 777), recomienda al Ministro adjudicar la propuesta básica presentada por la sociedad Conciviles S.A., a lo cual se procedió mediante Resolución No. 07419 del 6 de julio/92, notificada el 16 de julio/92 (fls. 804-803).

- El contrato fue suscrito dentro del término que para el efecto prevé el pliego de condiciones (fl. 718).

VALOR DEL CONTRATO

Su valor total asciende a la suma de dos mil novecientos veinticuatro millones trescientos sesenta y siete mil seiscientos veinte pesos ($2.924.367.620.oo) moneda corriente, resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios y el costo de imprevistos y obras complementarias, tal como se detalla en el anexo que forma parte del contrato (cláusula segunda).

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

El contrato cuenta con las disponibilidades presupuestales números 290 de 26 de febrero/92, 1065 de 31 de diciembre/91 y 818 de 24 de septiembre/91, según constan en las certificaciones expedidas por el Jefe de la División de Presupuestos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fls. 638, 637 y 636). Como el valor del contrato excede las apropiaciones para la presente vigencia fiscal, existe una autorización del Consejo superior de Política Fiscal CONFIS para que el Fondo Vial Nacional comprometa más de una vigencia fiscal, según consta en el oficio No. 3141 del 20 de diciembre de 1991 suscrito por el Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 635 a 634).

PLAZO DEL CONTRATO

El plazo del contrato será de veinticuatro (24) meses contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento (cláusula cuarta).

GARANTIAS

De acuerdo con lo pactado en la cláusula décima primera del contrato el contratista otorgó las pólizas de seguros para garantizar el cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales y de responsabilidad civil extracontractual, correspondientes a los documentos números 21039830, 21039832 y 21000002 (fls. 846, 838 y 830), aprobadas por el Director de Licitaciones y Contratos. Igualmente se obligó el Contratista a constituír una póliza de estabilidad de la obra y buen manejo y correcta inversión del anticipo.

Además de las estipulaciones propias o usuales conforme a la naturaleza del contrato, se pactaron las disposiciones de carácter obligatorio contenidas en la

Resolución No. 12409 del 30 de diciembre de 1986, originaria del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (cláusula décima tercera; fls. 633 a 620).

El Consejo de Ministros, en su sesión del 16 de octubre del presente año, aprobó la celebración del contrato previo concepto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, **declara ajustado a la ley** el contrato de obra pública No. 602-92 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Construcciones Civiles S.A. "CONCIVILES S.A.".

Publíquese el texto del contrato en el Diario Oficial y páguese el impuesto de timbre nacional (arts. 52 y 53 del Decreto 222/83).

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo,* con Salvamento de Voto, *Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Aunque el Decreto-Ley 3160 de 1968 modificó el procedimiento de los mencionados contratos, el artículo 6o., inciso 2o., de la ley 64 de 1967 es norma especial que está vigente y que instituye para esos contratos, no un requisito de mero trámite, sino un control de tutela ejercido por el Señor Presidente de la República; además, el control de tutela presidencial tiene por finalidad suplir la falta de junta o consejo directivo en el Fondo Vial, no obstante que exista en todos los establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales.

Radicación No. 795

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1) Aunque el Decreto-Ley 3160 de 1968 modificó el procedimiento de los mencionados contratos, el artículo 6o., inciso 2o., de la Ley 64 de 1967 es norma especial que está vigente y que instituye para esos contratos, *no un requisito de mero trámite, sino un control de tutela ejercido por el señor Presidente de la República;* además, *el control de tutela presidencial tiene por finalidad suplir la falta de junta o consejo directivo en el Fondo Vial*, no obstante que exista en todos los establecimientos públicos nacionales, departamentales y municipales. De este modo, sin el control de tutela del señor Presidente de la República, prescrito por el artículo 6o., inciso 2o, de la Ley 64 de 1967, *el Ministro de Obras Públicas y Transporte podría celebrar todos los contratos con absoluta e ilimitada discrecionalidad*; pero el artículo 6o., inciso 2o., de la Ley 64 de 1967, que es obligatorio, *le impuso el control de tutela ejercido por el señor Presidente de la República.*
2) Por consiguiente, *estimo que la Sala debió declarar que este contrato no se celebró conforme a la ley porque, por omisión o inobservancia, infringió manifiestamente el artículo 6o., de la ley 64 de 1967.*

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo.

PUERTOS DE COLOMBIA/SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS-Facultades/**ACTIVIDAD PORTUARIA/DIRECCION GENERAL MARITIMA DEL MINISTERIO DE DEFENSA**-Facultades

La Superintendencia General de Puertos de Colombia es la dependencia oficial competente para otorgar por medio de resolución motivada, las concesiones portuarias sobre las instalaciones que han sido incorporadas al concepto de puerto que define el numeral 5.11 del artículo 5o. de la Ley 1a. de 1991, o sea los terminales portuarios, muelles y embarcaciones destinados a la realización de operaciones de cargue de toda clase de naves, así como al intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y fluvial. Todas las demás actividades no portuarias deben ser autorizadas, vigiladas y controladas de conformidad con la Ley, por la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil.

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

Consejero Ponente: *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Radicación No. 484

Referencia: Consulta sobre la delimitación de competencias entre la Dirección General Marítima y la Superintendencia General de Puertos.

El señor Ministro de Defensa Nacional, doctor Rafael Pardo Rueda, solicita a la Sala que se haga claridad sobre la delimitación de competencias entre la Dirección General Marítima y la Superintendencia General de Puertos en lo que respecta al otorgamiento de concesiones marítimas y portuarias, conforme a lo establecido en el Decreto-Ley 2324 de 1984 y en la ley 1a. de 1991.

Luego de algunas consideraciones sobre la materia, textualmente consulta:

Si la competencia de la Superintendencia General de Puertos se refiere al otorgamiento de concesiones portuarias sobre puertos, terminales portuarios, muelles y embarcaderos, en la forma como tales instalaciones están contempladas en el numeral 11 del artículo 5o. de la ley 1a. de 1991, es decir, destinadas a la realización de operaciones de cargue y descargue de naves e intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial.

Al respecto, el señor Ministro hace las acotaciones siguientes:

Porque sucede que existen otro tipo de instalaciones como muelles, plataformas, amarraderos que no están destinados para el cargue y descargue de mercancías, sino para propósitos bien distintos como por ejemplo, para el embarque y desembarque de pasajeros, para la construcción, reparación y mantenimiento de naves, para el recibo de productos de la pesca con destino a las procesadoras, para la localización de embarcaciones deportivas y de turismo con fines de mantenimiento y vigilancia, para el desarrollo de deportes náuticos, para el recibo de basuras y residuos contaminantes de las naves, para el desguace de naves, para el buceo deportivo, para la recreación turística, para la señalización marítima y otras.

Las diferentes utilizaciones que se dan a las instalaciones anteriormente descritas están enmarcadas dentro del concepto de actividades marítimas enunciadas por el art. 3o. del Decreto-Ley 2324 de 1984, razón por la cual el Ministerio de Defensa Nacional considera que las concesiones y permisos que se requieran para la construcción de tales instalaciones siguen siendo de competencia de la Dirección General Marítima y se sustraen por tanto, del campo de acción de la Superintendencia General de Puertos.

LA SALA CONSIDERA:

1.- **DIMAR**. La Dirección General Marítima y Portuaria, al ser objeto de reorganización por medio del decreto 2324 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983, fue estructurada como una dependencia del Ministerio de Defensa y con el encargo de ejecutar la política del Gobierno en materia marítima y de regular, dirigir, coordinar y controlar las actividades relacionadas con la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país.

En ejercicio de tales facultades, el decreto mencionado asignó a la Dirección General Marítima y Portuaria, entre otras funciones, las de regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar y demás bienes de uso público en el área de su jurisdicción, así como regular, autorizar y controlar la construcción de puertos y muelles públicos y privados y la operación de los mismos. (Art. 5o., numerales 21 y 23).

De manera que la función de regulación y control de la actividad marítima quedó concentrada en el Ministerio de Defensa Nacional y ejercida por intermedio de la Dirección General Marítima y Portuaria.

2.- **La Superintendencia General de Puertos**. La ley 1a. de 1991, por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos, creó la Superintendencia General de Puertos, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y de Transporte, y dispuso que la Dirección General Marítima y Portuaria del Ministerio de Defensa Nacional seguirá llamándose Dirección General Marítima (Art. 25).

Además, en procura de reorganizar el sistema portuario, la ley ya citada procedió a ordenar la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS, (art. 33) y autorizó a la Nación y a sus entidades descentralizadas para constituir sociedades portuarias con sede en cada uno de los municipios o distritos donde la Empresa Puertos de Colombia tiene hoy puertos y a la Nación para invitar públicamente a las entidades territoriales y a los empresarios privados a participar en la constitución de tales sociedades (art. 34).

De conformidad con la nueva distribución de competencias, la ley dispuso que la Superintendencia General de Puertos ejercerá sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenían instalaciones (art. 26), de donde se desprenden las facultades que le fueron asignadas en el artículo 27 para expedir por medio de resolución las condiciones técnicas de operación de los puertos colombianos y otorgar las concesiones portuarias, modificarlas y declarar su caducidad; controlar la construcción de puertos, muelles y embarcaderos; otorgar licencias portuarias para construir y operar embarcaderos; autorizar cualquier acto o contrato que tenga por efecto la organización de nuevos muelles privados en puertos de servicio público; organizar el recaudo de las contraprestaciones que establezca a las sociedades portuarias y a los embarcaderos; vigilar el cumplimiento de las normas dictadas especialmente para las sociedades portuarias y los usuarios de los puertos; y, en general, "ejercer las demás facultades de derecho público que posee la Empresa Puertos de Colombia, y que no hayan sido atribuídas a otras autoridades ni resulten incompatibles con esta ley".

Igualmente, al definir la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual una sociedad portuaria ocupa y utiliza en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación y de los municipios o distritos donde operen los puertos, asignó la competencia para otorgar las concesiones respectivas a la Superintendencia General de Puertos en nombre de la Nación. (Art. 5o. numeral 5.2). En esta forma, la competencia de la Dirección General Marítima para conceder licencias y autorizaciones con el objeto de usar y explotar bienes marítimos del Estado, fue trasladada a la Superintendencia General de Puertos en lo concerniente al otorgamiento de las concesiones portuarias.

Como consecuencia, la ley 1a. de 1991 conservó como atribución propia de la Dirección General Marítima la facultad de otorgar concesiones y permisos para el desarrollo de actividades marítimas no consideradas como portuarias. A este respecto en el artículo 6o. se dispone:

PARAGRAFO. La Dirección General Marítima continuará otorgando concesiones y permisos de construcción para el desarrollo de actividades marítimas no consideradas como portuarias de acuerdo con la presente ley.

3. **El concepto de puerto y los usuarios del mismo.** Para la ley 1a. de 1991, **Puerto** es el conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y servicios, que permiten aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves e intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial; distingue entre las categorías de puerto fluvial, puerto de cabotaje, puerto de servicios público, puerto de servicio privado, puerto del Ministerio de Defensa Nacional, puerto habilitado para el comercio exterior, puerto oficial, y puerto particular; y considera que los **usuarios** del puerto son los armadores, los dueños de la carga, los operadores portuarios y, en general, toda persona que utiliza las instalaciones o recibe servicios en el puerto. (Art. 5o.).

4. **Deslinde de competencias.** El criterio de distinción y el elemento que permite establecer la competencia de la Superintendencia General de Puertos y de la Dirección General Marítima, está fundamentado sobre el hecho de la naturaleza de la actividad respecto de la cual se solicita la concesión o el permiso.

En tratándose de actividades portuarias, éstas deberán referirse en términos generales a aquellas que tienen por objeto la construcción, operación y administración de puertos y terminales portuarios.

Los puertos, en los términos previstos en la ley 1a. de 1991, representan un conjunto de elementos físicos que permiten aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, o el intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y fluvial.

De lo expresado se deduce que el cargue y descargue de toda clase de naves y el intercambio de mercancías representan el elemento constitutivo de lo que debe entenderse por puerto y por tanto por actividades portuarias, para delimitar cuál es el órgano administrativo encargado de otorgar la concesión o el permiso de uso.

Ese es el campo de acción específico de la Superintendencia General de Puertos.

Cualquier otra actividad, a pesar de que se lleve a cabo en las instalaciones físicas de los puertos, si no representa alguna forma de intermediación de mercancías o el cargue y descargues de naves en general, debe ser considerada como actividad marítima no portuaria y por consiguiente sujeta a las concesiones y permisos que concede la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa, dependencia a la que en tales casos corresponderá ejercer la inspección y vigilancia a nombre del Estado.

LA SALA RESPONDE:

La Superintendencia General de Puertos es la dependencia oficial competente para otorgar por medio de resolución motivada, las concesiones portuarias sobre las instalaciones que han sido incorporadas al concepto de puerto que define el numeral 5.11 del artículo 5o. de la ley 1a. de 1991, o sea, los terminales portuarios, muelles y embarcaderos destinados a la realización de operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, así como al intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y fluvial.

Todas las demás actividades no portuarias deben ser autorizadas, vigiladas y controladas de conformidad con la ley, por la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

Autorizada la publicación el 12 de diciembre de 1992.

MINERALES DE COLOMBIA S.A./PRIMA DE ANTIGÜEDAD/ FACTOR SALARIAL

Como las disposiciones anteriores de la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas, relativas a la prima de antigüedad, no son contrarias a las del Acuerdo 082 de 1985 de la misma junta directiva, según el artículo 7o. *ibídem*, subsisten y, por lo mismo, está vigente el derecho a percibir prima de antigüedad, como factor de la remuneración. Este consiste en el derecho a percibir, al cabo de un año de servicios, según el artículo 2o. del Acuerdo 074 de 8 de marzo de 1984, un incremento del 9.9 sobre la remuneración.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D.C. trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*

Radicación No. 477

Referencia: Consulta del Ministerio de Minas y Energía, en relación con una prima de antigüedad acordada por la Junta Directiva de la Empresa Minerales de Colombia S.A., en 1970.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Minas y Energía formula a la Sala para que conceptúe, con fundamento en los acuerdos pertinentes de la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas —Ecominas—, actualmente Minerales de Colombia S.A. —Mineralco S.A.—, particularmente el No. 082 de 1985, si actualmente está o no vigente el derecho de los trabajadores a percibir prima de antigüedad.

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El Decreto-ley 912 de 1968 creó la Empresa Colombiana de Esmeraldas y, con fundamento en el artículo 31 del Decreto-ley 3161 de 1968, fue transforma-

da en la Empresa Colombiana de Minas y organizada como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía (Decreto-ley 1650 de 1969 y Decretos Ejecutivos números 122 de 1970 y 2063 de 1980).

El artículo 1o. de la ley 2a. de 1990 dispuso que la Empresa Colombiana de Minas "podrá transformarse, cuando el Gobierno Nacional así lo disponga, en una sociedad anónima del orden nacional, con capital estatal, personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, cuyo nombre o razón social será Minerales de Colombia S.A., pudiendo utilizar la sigla 'Mineralco S.A.'".

En este mismo orden de ideas, el artículo 9o. de la ley 2a. de 1990 confirió facultades extraordinarias y pro tempore al Presidente para que, dentro del término de seis meses, expida "los estatutos básicos de organización y funcionamiento de la sociedad Minerales de Colombia S.A.".

Según el texto de la consulta, la referida sociedad se constituyó mediante escritura No. 2970, otorgada el 12 de julio de 1990 en la Notaría 25 de Bogotá, con capital de la Nación, personería jurídica, patrimonio independiente, autonomía administrativa y regida por las reglas y principios relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado.

2o.) Los Decretos 1376 y 1377 de 1990, con base en la ley 2a. de 1990, adoptaron otras medidas complementarias para transformar la Empresa Colombiana de Esmeraldas en la sociedad Minerales de Colombia S.A.

Los artículos 6o. de la ley 2a. de 1990 y 2o. del Decreto 1377 del mismo año dispusieron que la mencionada transformación no tendrá "solución alguna de continuidad ni en la existencia, ni en las actividades ni en las relaciones de todo orden con terceros".

Además, el artículo 4o. del Decreto 1377 de 1990 prescribió que "no habrá solución alguna de continuidad en las relaciones laborales de Ecominas con sus trabajadores oficiales, con motivo de la prestación de los servicios de éstos a la sociedad Minerales de Colombia S.A. —Mineralco S.A.— y para el efecto se entiende que hay sustitución plena de empleador, es decir, que esta última entidad asume en su totalidad los pasivos laborales causados, los en vía de causación y los que en el futuro se causen".

3o.) La consulta tiene por objeto saber si está o no vigente, para el personal que trabaja al servicio de la sociedad "Minerales de Colombia S.A." —"Mineralco S.A."— la prima de antigüedad que, hasta 1984, la Empresa Colombiana de Minas había reconocido a sus trabajadores. Específicamente se pregunta si se debe o no considerar vigente el derecho a la prima de antigüedad reconocido por los acuerdos expedidos por la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas.

4o.) El Decreto-ley 1042 de 1978 no incluyó entre los factores de la remuneración la prima de antigüedad; pero los artículos 49 y 97 *ibídem* la mantuvieron para

los empleados oficiales que tenían derecho a percibirla cuando entró en vigencia este decreto.

De manera que con la salvedad indicada, el Decreto-ley 1042 de 1978 no reconoce a los demás empleados oficiales, comprendidos por sus disposiciones, el derecho a percibir prima de antigüedad. Ella sólo puede disponerse espontáneamente, sin obligación legal, por las empresas industriales y comerciales del Estado.

5o.) La Empresa Colombiana de Minas reconoció a sus trabajadores prima de antigüedad como un factor adicional de la remuneración. Según las copias de los acuerdos de la junta directiva, acompañados a la consulta, la mencionada entidad la reconoció por el artículo 4o. del Acuerdo No. 005 de 22 de septiembre de 1970 (F. 9) y fue reiterada por los artículos 3o. del Acuerdo número 015 de 3 de julio de 1975 (F. 17); 3o. del Acuerdo No. 024 de 6 de mayo de 1977 (F. 23); 3o. del Acuerdo 026 de 23 de mayo de 1978 (F. 26); 1o. del Acuerdo de 31 de julio de 1978 (F. 27); 1o. del Acuerdo No. 030 de 14 de febrero de 1979 (F. 28); 3o. del Acuerdo 036 de 28 de agosto de 1980 (F. 35); 2o. del Acuerdo No. 053 de 29 de enero de 1981 (F. 44); 2o. del Acuerdo 070 de 20 de enero de 1982 (F. 53); 2o. del Acuerdo 072 de 19 de mayo de 1983 (F. 60) y 2o. del Acuerdo 074 de 8 de marzo de 1984 (F. 66).

De manera que, como se afirma en el enunciado de la consulta, la Empresa Colombiana de Minas reconoció a sus trabajadores prima de antigüedad desde 1970 hasta 1984. En 1977 se dispuso que, la de ese año, estaba incluida en el aumento salarial y que será reconocida anualmente a los trabajadores; pero, desde 1980, hasta 1984, inclusive, se dispuso que los reajustes de la remuneración incluyen la prima de antigüedad. Además, los acuerdos números 072 de 1983 y 074 de 1984 aumentaron el porcentaje correspondiente a esa prima del 8% al 9.9%.

6o.) Pero el Acuerdo 082 de 6 de febrero de 1985 reguló la remuneración del personal vinculado al servicio de la Empresa Colombiana de Minas y nada dispuso sobre la prima de antigüedad (Fls. 68 a 73).

Sin embargo, el artículo 7o. prescribió: "El presente acuerdo tiene vigencia a partir de la fecha de su expedición y surte efectos fiscales a partir del 1o. de enero de 1985 y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

La Sala considera que como las disposiciones anteriores de la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas, relativas a la prima de antigüedad, no son contrarias a las del Acuerdo No. 082 de 1985 de la misma junta directiva, según el artículo 7o. ibídem, subsisten y, por lo mismo, está vigente el derecho a percibir prima de antigüedad, como factor de la remuneración. Este consiste en el derecho a percibir, al cabo de un año de servicio, según el artículo 2o. del Acuerdo 074, de 8 de marzo de 1984, un incremento del 9.9% sobre la remuneración.

Además, como se expuso, la sociedad "Minerales de Colombia S.A." —"Mineralco S.A."— sustituye en todas sus obligaciones laborales a la extinta Empresa Colombiana de Minas.

CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO LA SALA RESPONDE:

El derecho a percibir prima de antigüedad, reconocida —en la forma indicada en la parte motiva— por los mencionados acuerdos de la junta directiva de la Empresa Colombiana de Minas, está actualmente vigente.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1992.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA/CONTROL POSTERIOR/ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Facultades/**CONTROL FISCAL**

El artículo 98 del Decreto 222 de 1983 no fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política en lo que respecta al sistema de control posterior. El alcance del control posterior se aplica una vez se haya realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control. La Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y de las operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, y los actos de ejecución para verificar si todo ello se hizo de acuerdo con las leyes y los reglamentos establecidos por ella. La Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los mismos.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No. 486

Referencia: Consulta relacionada con el alcance del artículo 267 de la Constitución Política, frente al artículo 298 del Decreto 222 de 1983.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Jorge Bendeck Olivella, formula a la Sala en los siguientes términos textuales:

a) El Decreto 222 de 1983 en materia de intervención de la Contraloría General de la República, establece:

ARTICULO 298. De la intervención de la Contraloría en el proceso de contratación.

La intervención de la Contraloría General de la República en todo el proceso de contratación a que se refiere este estatuto se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de

contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos.

PARAGRAFO. Se entiende por control posterior, aquel que se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración de pliegos de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos.

b) La Constitución Política en su artículo 267 inciso segundo al referirse al control fiscal que ejercerá la Contraloría General de la República establece que dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva. Conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

LA CONSULTA

1o. El artículo 298 del Decreto 222 de 1983 fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política, en el sentido de que el "control posterior" mencionado en aquella disposición en materia de contratación se convirtió en "control posterior y selectivo"?

2o. Si ocurrió la modificación anterior cuál es el alcance o hasta dónde llega ese "control posterior y selectivo" que le corresponde a la Contraloría General de la República, dentro de su gestión fiscal sobre la contratación administrativa contemplada en el Decreto 222 de 1983?

3o. Ese control fiscal posterior y selectivo, implica que la Contraloría General de la República no está obligada constitucionalmente a revisar toda la contratación a que se refiere el Decreto 222 de 1983, en la forma posterior establecida sino únicamente aquellos contratos sobre los que selectivamente considere hacerlo?

4o. En el evento que el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 no haya sido modificado por el artículo 267 de la Constitución Política, podría entenderse que esa función de la Contraloría General de la República, que conlleva al fenecimiento del contrato, suspende la ejecución del mismo hasta tanto el organismo fiscal emita ese fenecimiento?

5o. Perfeccionado el contrato e iniciada su ejecución, la Contraloría General de la República puede negarse a revisar las cuentas de cobro por anticipos y obra, so pretexto de que ella no ha expedido su fenecimiento producto del control posterior?

Lo anterior teniendo en cuenta que los contratos se pueden ejecutar una vez perfeccionados según el artículo 299 del Decreto 222 de 1983 y ese perfeccionamiento, ocurre en la forma establecida en el artículo 51, *ibídem*, sin necesidad de tal fenecimiento; todo lo cual interpretándose también a la luz del artículo 267 de la Constitución Política, en materia de control posterior y selectivo.

LA SALA CONSIDERA:

Según la Constitución Política, la Contraloría General de la República, como organismo de control, tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (arts. 119 y 267).

El control fiscal, en los términos del artículo 267 de la Carta Política, "es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación".

"Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado".

Esta Sala en consulta de 28 de abril de 1992, sostuvo:

> "Al disponer la Constitución nueva en su artículo 267 que el control fiscal se ejerza por la Contraloría General en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, remitió el ejercicio de dicho control, en el tiempo, al de la aplicación de la ley que establezca dichos procedimientos y sistemas, es decir, a su expedición previa.
>
> Entre tanto se aplicarán las normas que regulan el control posterior en cuanto sean compatibles con las nuevas normas constitucionales.
>
> Por otra parte, el artículo 269 en coherencia con el 267, dispone que "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".
>
> El Constituyente, atendiendo al informe final elaborado por la coordinadora de la comisión preparatoria y presentado a consideración de la Asamblea, adoptó el articulado con base en principios como la eliminación del control previo en el desarrollo de todas las funciones de los organismos de control y estableció, como complemento, el control operacional o de resultados, además del control interno por parte de los organismos del Estado.
>
> El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitir ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del control (sic) y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas" (Gaceta Constitucional No. 53 pág. 19).

De igual modo, algunos constituyentes han interpretado las nuevas disposiciones sobre control fiscal así:

> "Una forma de evitar que el control incida negativamente en la administración es el establecimiento de un control posterior y selectivo, de manera

que la administración no dependa de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, práctica que entorpecía la función y generaba posibilidades de corrupción. Selectiva, en cuanto no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino sólo aquellas que la Contraloría estime deban ser revisadas; en consecuencia no se formaliza el control como un paso más de la actuación administrativa, que congestiona igualmente las oficinas fiscalizadoras, reduciendo los asuntos y agilizando el control". (Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia. (Carlos Lleras de la Fuente y otros Santafé de Bogotá. Ed. Carrera Séptima. 1992).

Se tiene entonces que el artículo 267 de la Constitución, defiere en el legislador el establecimiento de los procedimientos, sistemas y principios para ejercer el control posterior y selectivo circunscrita al proceso de contratación administrativa, es lo que precisamente desarrolla el legislador en el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 cuando estatuye que la intervención de la Contraloría "se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, para verificar si este se hizo de acuerdo con las leyes y reglamentos establecidos".

Y Agrega el legislador extraordinario ya citado, que tal control posterior se "aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos".

Por otra parte, de acuerdo al régimen de contratación administrativa, todo contrato debe cumplir con dos etapas: la de contratación propiamente dicha y la de ejecución.

La primera etapa comprende todo un trámite que comienza con la apertura de la licitación y culmina con la providencia del Consejo de Estado que lo declara ajustado a la ley; si no se requiere revisión de esta Corporación, con la aprobación de fianzas, o en defecto de éstas, con el correspondiente registro presupuestal, con lo cual queda debidamente perfeccionado (art. 51 Decreto 222/83). A partir de este momento, atendiendo lo dispuesto por el artículo 299 del Decreto 222 de 1983, se inicia la ejecución del contrato.

Las disposiciones sobre el control posterior, en cuanto a la etapa de contratación, son claras en el sentido de que el control sólo es posible una vez perfeccionado el contrato. ¿Pero podría entenderse que la Contraloría goza de atribuciones para intervenir en la etapa de ejecución, con el pretexto de revisar cuentas o realizar otro tipo de intervención? La respuesta negativa se impone por dos razones: porque la normatividad del artículo 267 de la Constitución establece que el control se ejercerá en forma posterior sin poner distinciones de ninguna clase; y porque el propio artículo 288 del Decreto 222 de 1983 establece que el acta de liquidación se pondrá a disposición de la Contraloría General de la Nación, *para efectos del control posterior*. Será a partir de este momento, cuando la Contraloría podrá proceder a la revisión del contrato para efectos de formular sus conclusiones y, si es el caso, producir el fenecimiento de cuentas.

La liquidación es un acto que consiste en el trámite mediante el cual se pone fin al contrato.

La liquidación de los contratos administrativos procede, según los términos del artículo 287 del Decreto 222 de 1983, en los siguiente casos:

> "1.- Cuando se haya ejecutoriado la providencia que declaró la caducidad.
>
> 2.- Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal de terminación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante.
>
> 3.- Cuando se haya ejecutoriado la providencia judicial que lo declare nulo.
>
> 4.- Cuando la autoridad competente lo declare terminado unilateralmente conforme al artículo 19 del presente estatuto.

Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministros y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos".

Según el artículo 288 del Decreto 222 de 1983: "El acta de liquidación se pondrá a disposición de la Contraloría General de la República, *para efectos del control fiscal posterior*" (subraya la Sala).

Agrega el artículo 289 del mencionado Decreto:

> "Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo.
>
> Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, o las indemnizaciones a favor del contratista, si a ellos hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato.
>
> Si no hubiere acuerdo para liquidar un contrato, se tendrá por firme la liquidación presentada por la entidad contratante, la cual se expedirá mediante resolución motivada que estará sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa.
>
> El acta final de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, presta mérito ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo".

Todo lo anterior conduce a concluir que entre el ordenamiento constitucional que acoge como sistema de intervención fiscal el *control posterior*, y la reglamentación legal vigente sobre contratación administrativa en la que se acoge el mismo sistema, existe plena armonía por cuanto según el Decreto 222 de 1983, la Contraloría General de la República, se debe limitar "*exclusivamente* el ejercicio de un control *posterior*". No sucede lo mismo con el aspecto del control selectivo que menciona el artículo 267 de la Carta, el cual está supeditado a la expedición del ordenamiento legal correspondiente. Por tanto, la forma como el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 establece lo que se entiende por control fiscal es aplicable hoy en día al régimen de contratación administrativa en cuanto no pugne con dis-

posiciones constitucionales. Porque, mal podría entenderse el artículo 267 de la Constitución en el sentido de que mantuvo el control previo o que suprimió el control fiscal por parte de la Contraloría. Simplemente consagró el control *posterior y selectivo* en los términos que fije la ley. Como el artículo 298 del Decreto 222 de 1983 reglamenta lo que se entiende por control posterior, debe dársele aplicación por cuanto no contradice el 267 de la Constitución.

Formuladas las anteriores consideraciones, **LA SALA RESPONDE**:

1) El artículo 98 del Decreto 222 de 1983 no fue modificado por el artículo 267 de la Constitución Política en lo pertinente al sistema de control posterior. En lo que respecta al aspecto selectivo del control posterior debe esperarse a su reglamentación legal.

Con todo, el control posterior está llamado a tener una nueva y más amplia dimensión una vez sea expedida la ley que desarrolle los aspectos relativos al control de gestión y de resultados.

2) El alcance del control posterior se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a su control.

3) La Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y de las operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, y los actos de su ejecución para verificar si todo ello se hizo de acuerdo con las leyes y los reglamentos establecidos por ella.

La Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración del pliego de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los mismos.

4) El fenecimiento o examen numérico no suspende la ejecución del contrato porque ello es propio de un sistema de control previo. Se debe producir fenecimiento, entendido de la manera expresada, al término de la ejecución del contrato que es el momento en que corresponde revisar las cuentas y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que se haya obrado, y teniendo en cuenta el acta de liquidación.

5) La Contraloría debe negarse a revisar las cuentas de cobro por anticipo de obra, pues carece de competencia para efectuar tal revisión. Ciertamente el fenecimiento o examen numérico legal debe ser producto de un control posterior.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria la Sala.

Autorizada su publicación el 16 de diciembre de 1992.

PROYECTO DE LEY-Trámite/**COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES-**Sesión Conjunta/**QUORUM DECISORIO**

El artículo 157 de la Constitución Política fija los requisitos y señala el procedimiento que se debe seguir en todo proyecto para que pueda convertirse en ley de la República. El Reglamento del Congreso (Art. 164) desarrolla la manera como en ciertos casos, se puedan adelantar en sesión conjunta y en primer debate las deliberaciones pero ciñéndose al *quorum* estatutario en cada comisión y cumpliendo con su votación separada. Específicamente los casos sobre relaciones internacionales y tributos, tendrán que iniciar su trámite ante el Senado y la Cámara de Representantes respectivamente pero cumpliendo con los debates en las comisiones permanentes de una y otra Cámara y luego en la plenaria tal como se establece en la Constitución. No obstante el primer debate podrá adelantarse conjuntamente siempre y cuando lo propongan las respectivas comisiones y medie la autorización de las Mesas Directivas de ambas Cámaras. En el desarrollo de tales deliberaciones deberá tenerse en cuenta que el *quorum* decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas. Concluído el debate se votará por separado.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D.C. nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*

Radicación No.482

Referencia: Consulta sobre las sesiones conjuntas de las comisiones permanentes de Senado y Cámara.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana formula a la Sala la siguiente consulta:

El Artículo 157 de la Constitución establece:

"Artículo 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.

3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del Gobierno".

La Ley 5 de 1992 Sección 3a. sobre sesiones conjuntas en su Artículo 170 determina que:

"**Artículo 170.** Presidencia. La sesión conjunta será presidida por el Presidente de la respectiva Comisión senatorial y como Vicepresidente actuará el Presidente de la Comisión de la Cámara. Cuando se trate de los proyectos de ley de origen privativo en la Cámara de Representantes se procederá en sentido contrario".

En cuanto al origen de las leyes e iniciativas para su presentación, el Artículo 154 de la Constitución determina que:

"**Artículo 154.** Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a), b) y e), del numeral 19 del artículo 150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno.

Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de Representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado".

El artículo 163 .de la Constitución preceptúa:

"**Artículo 163.** El Presidente de la República podrá solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley. En tal caso, la respectiva cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días. Aun dentro de este lapso, la manifestación de urgencia puede repetirse en todas las etapas constitucionales del proyecto. Si el Presidente insistiere en la urgencia, el proyecto tendrá prelación en el orden del día excluyendo la consideración de cualquier otro asunto, hasta tanto la respectiva cámara o comisión decida sobre él.

Si el proyecto de ley a que se refiere el mensaje de urgencia se encuentra al estudio de una comisión permanente, ésta, a solicitud del Gobierno, deliberará conjuntamente con la correspondiente de la otra cámara para darle primer debate.

Del segundo inciso de este artículo se establece que el mensaje de urgencia que envía el Gobierno, tiene consecuencias consagradas en la misma Constitución, en el sentido de que si el proyecto se encuentra al estudio de una Comisión permanente, ésta deberá sesionar conjuntamente con la correspondiente de la otra Cámara.

Con fundamento en las normas transcritas y teniendo en cuenta que algunos proyectos de ley son objeto de sesiones conjuntas por decisión, no del Gobierno sino de las respectivas comisiones y que algunas leyes requieren tener origen en una determinada Cámara, como ocurre con las leyes sobre tributos (Cámara) y relaciones exteriores (Senado), se consulta:

Puede entenderse que la norma constitucional del artículo 157, numeral 2, constituye una autorización tácita para separarse, en los casos citados, del procedimiento ordinario que deben seguir los proyectos de ley?.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

De conformidad con lo establecido por el artículo 154 de la Constitución Política, las leyes pueden tener origen en una cualquiera de las dos Cámaras. En consonancia con el citado artículo, el 156 agrega que las leyes pueden, también tener origen en proyectos que presenten la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República en materias relacionadas con sus funciones. En un mismo orden el artículo 155 dispone que "podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país".

El artículo 157 de la Carta, complementario del anterior, fija los requisitos que debe cumplir todo proyecto para que llegue a ser ley de la República; estos son:

"1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada cámara. El reglamento del congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas cámaras.

3. Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate.

4. Haber obtenido la sanción del gobierno".

La ley determinará según dispone el inciso segundo del artículo 142 de la Carta, el número de comisiones permanentes y el de sus miembros así como las materias de las que cada una deberá ocuparse. "Cuando sesionen conjuntamente las Comisiones Constitucionales Permanentes, —agrega la norma— el quorum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas".

El artículo 163 de la misma Constitución reglamenta el trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley, el cual se deberá surtir, cuando a ello hubiere lugar a propuesta del Presidente de la República. Las comisiones permanentes respectivas de las dos cámaras deliberarán conjuntamente, para darle el primer debate, al proyecto respectivo.

Igualmente, en lo tocante al Plan Nacional de Desarrollo, el artículo 341 de la Carta, considera que las Comisiones de Asuntos Económicos se reúnan conjuntamente para elaborar el informe que cada Corporación discutirá y evaluará en sesión plenaria.

Además, el inciso tercero del artículo 346 de la Carta establece que "las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de presupuesto de rentas y ley de apropiaciones".

Por la Ley 5a. de 1992 se expidió "El Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes". Desarrolla en su articulado y en títulos distintos, todo lo relacionado con el funcionamiento del Congreso en pleno, las disposiciones comunes y especiales al Senado, a la Cámara de Representantes y de los servicios administrativos.

En el Capítulo sexto del Título II y a partir del artículo 139 trata del proceso legislativo ordinario. Partiendo de su iniciativa en la que reitera lo dispuesto en los artículos 154, 155 y 156 de la Constitución, se ocupa luego en reglamentar lo relativo a los requisitos propios de los proyectos de ley, los debates en plenaria, otros aspectos de su trámite y ciertas especialidades en el proceso legislativo ordinario.

Específicamente, en cuanto a sesiones integradas se refiere, el Capítulo cuarto de la Ley 5a. de 1992, en su artículo 169 establece que las comisiones permanentes homólogas de una y otra Cámara sesionarán conjuntamente:

1. Por disposición constitucional
2. Por solicitud gubernamental
3. Por disposición reglamentaria.

En cuanto a las sesiones conjuntas por disposición reglamentaria el numeral tercero del artículo 169 de la Ley 5a. de 1992 dispone:

> "En el evento que así lo propongan las respectivas Comisiones y sean autorizadas por las Mesas Directivas de las Cámaras, o con autorización de una de las Mesas Directivas si se tratare de Comisiones de una misma Cámara.
>
> En resoluciones motivadas se expresarán las razones que se invocan para proceder de tal manera".

Según los términos del artículo 170 de la Ley 5a. de 1992:

"La sesión conjunta será presidida por el Presidente de la respectiva Comisión senatorial, y como Vicepresidente actuará el Presidente de la Comisión de la Cámara. Cuando se trata del estudio de los proyectos de ley de origen privativo en la Cámara de Representantes se procederá en sentido contrario".

"En el término indicado se presentará la ponencia conjunta. Si ello no fuere posible, el informe radicado en el primer orden será la base. En caso de duda, resolverá el Presidente" (art. 171 *ibídem*).

"Cuando sesionen conjuntamente las Comisiones Constitucionales Permanentes, el quorum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas" (art. 172 *ibídem*).

"En estos casos, concluído el debate, cada Comisión votará por separado" (art. 173 *ibídem*).

De lo anotado hasta ahora, se tiene entonces que la propia Constitución menciona las situaciones en las que las comisiones permanentes de las dos cámaras deben adelantar *sesiones conjuntas*, en primer debate, a los proyectos de ley; estas son: para el trámite de urgencia (artículo 163) y para tramitar asuntos presupuestales y de planeación (arts. 341 y 346).

De lo anterior se sigue que todo proyecto requiere, necesariamente para ser ley, de un trámite consistente en cuatro pasos o etapas así: un primer debate en la Comisión Permanente de la Cámara ante la cual inicia el trámite; un segundo debate en la plenaria de la respectiva Cámara; luego un primer debate en la Comisión de la otra Cámara para culminar con un debate en la plenaria de ésta.

El literal segundo artículo 157 de la Constitución fija los requisitos para que un proyecto sea ley. En su numeral segundo faculta al Congreso para que determine, en su reglamento, los casos en que el primer debate se adelante en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras; en tal eventualidad, el *quorum* decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas, (Art. 142 de la Carta Política).

De los términos de la citada disposición y de las demás que le son concordantes no se deduce que pueda suprimirse alguna de las etapas previstas en la misma norma y en otras de la Constitución; lo que si establece es que para lograr una mayor celeridad en el trámite de un determinado proyecto, se pueda recurrir a un medio especial, cual es el de reunir a las dos comisiones, la del Senado y la de la Cámara, con el fin de que, las "deliberaciones" del primer debate, se surtan conjuntamente.

Pero la adopción del proyecto no es conjunto como tampoco su votación que es separada previo establecimiento del quorum estatutario respectivo.

"Entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra deberán transcurrir, por lo menos, quince (15) días, salvo que el proyecto haya sido debatido en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales, en cuyo caso podrá presentarse la simultaneidad del segundo debate en cada Cámara". (art. 183, inciso segundo *ibídem*).

Los proyectos sobre tributos y sobre relaciones internacionales se tramitarán por el procedimiento legislativo ordinario, con las salvedades establecidas en la Constitución y en el Reglamento (art. 204 Ley 5a. de 1992). Y las disposiciones relativas a dicho procedimiento tienen aplicación en el "trámite legislativo constituyente" en cuanto sean compatibles con las regulaciones constitucionales (art. 227 *ibídem)*.

Como requisito *sine qua non*, todo proyecto para ser ley o acto legislativo debe ser aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente en cada Cámara.

Previas las anteriores consideraciones, se da respuesta a la consulta en los siguientes términos:

El artículo 157 de la Constitución Política fija los requisitos y señala el procedimiento que se debe seguir en todo proyecto para que pueda convertirse en ley de la República.

El texto del numeral segundo no constituye "una autorización tácita" para sustraerse del procedimiento ordinario que deben seguir los proyectos, fijado en la Constitución y en desarrollo de ésta, en la ley.

El Reglamento del Congreso (Art. 164) desarrolla la manera como, en ciertos casos, se puedan adelantar en sesión conjunta, y en primer debate las deliberaciones, pero ciñéndose al quorum estatutario en cada comisión y cumpliendo con su votación separada.

Específicamente, los casos sobre relaciones internacionales y tributos, tendrán que iniciar su trámite ante el Senado y la Cámara de Representantes respectivamente pero cumpliendo con los debates en las comisiones permanentes de una y otra Cámara y luego en la plenaria tal como se establece en la Constitución.

No obstante, el primer debate podrá adelantarse conjuntamente siempre y cuando lo propongan las respectivas comisiones y medie la autorización de las Mesas Directivas de ambas Cámaras. En el desarrollo de tales deliberaciones deberá tenerse en cuenta que el quorum decisorio será el que se requiera para cada una de las comisiones individualmente consideradas. Concluido el debate se votará por separado.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

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; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria la Sala.

Autorizada su publicación el 12 de diciembre de 1992.

CONCEJAL-Inhabilidades/**DIPUTADO**-Inhabilidades/**EMPLEO DE ELECCION POPULAR**

Los concejales elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a ser elegidos Congresistas o Gobernadores, deben renunciar a su investidura y separarse del cargo, antes de la fecha prevista para la respectiva inscripción de candidaturas siempre que la ley que expida el régimen de inhabilidades e incompatibilidades con fundamento en el artículo 293 de la C.P. no disponga cosa diferente. Los Concejales elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a su reelección o a ser elegidos Alcaldes o Diputados no requieren separarse del cargo para inscribirse como candidatos porque los períodos respectivos no se superponen ni siquiera parcialmente. Los diputados que pretendan ser elegidos Congresistas o Gobernadores, mientras que se expide la ley que regule sus inhabilidades, deben presentar renuncia y retirarse del cargo antes de la fecha prevista para poder inscribir su candidatura. Los Diputados elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a su reelección o a ser elegidos alcaldes o concejales no requieren renunciar a su investidura para efectos de inscribir su candidatura.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D.C. catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Radicación No. 483

Referencia: Inhabilidades de concejales y diputados que aspiren a cargos de elección popular.

El Señor Ministro de Gobierno, Humberto de La Calle Lombana formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Ministro de Gobierno desea conocer el concepto de esa Honorable Sala, relacionado con los concejales que vienen ejerciendo sus cargos y aspiran a ser elegidos Congresistas, Gobernadores, Diputados o Alcaldes.

El Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 25 de julio de 1991, respondió a una consulta hecha por este Ministerio, en relación con los concejales y diputados que venían ejerciendo sus cargos correspondientes al período 1990-1992 y que aspiraban a ser elegidos Congresistas, cuyo aparte se transcribe:

..."En conclusión la Sala considera que, de conformidad con el numeral 8o. del artículo 179 y con el artículo transitorio 2o. de la Constitución, y sin perjuicio de las demás inhabilidades e incompatibilidades previstas por la misma Constitución y la ley, los diputados y concejales que ostentan dicha investidura, pueden aspirar a ser elegidos congresistas en elecciones convocadas para el 27 de octubre de 1991, siempre que renuncien a su investidura, y haya sido aceptada la renuncia antes de la fecha de la correspondiente inscripción de candidaturas para congresistas".

No obstante lo anterior, un gran número de los concejales del país tiene interés en conocer con mayor precisión, las inhabilidades que puedan tener para aspirar en las próximas elecciones a diferentes cargos, razón por la cual se consulta:

"Los concejales elegidos para el período 1992-1994, que aspiren a Congresistas, Gobernadores, Diputados o Alcaldes, con qué anticipación deben presentar su renuncia y la misma serles admitida?

Las inhabilidades para los Diputados se encontraban establecidas en el artículo 108 de la anterior constitución, luego los elegidos para el período 1992-1994, que aspiren a Congresistas, Gobernadores o Alcaldes, con qué anticipación deben presentar su renuncia y la misma serles admitida?".

LA SALA CONSIDERA:

1.- La Carta Política expedida en 1991, defirió a la ley la determinación de las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, disposiciones que aun no han sido expedidas por el Congreso de la República.

2.- Sin embargo, para establecer si los concejales elegidos para el período 1992-1994 pueden aspirar a ser elegidos Congresistas, Gobernadores, Diputados o Alcaldes, es necesario analizar las inhabilidades para ejercer cada uno de estos cargos públicos.

El numeral 8o. del artículo 179 de la Constitución Política dispone: "8o. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

Se aprecia a simple vista, como la norma se encuentra mal ubicada, en el cuerpo del articulado constitucional; en efecto, la prohibición que se contempla en ella se aplica a todo ciudadano colombiano, sin distinción alguna, que aspire a ser miembro de corporaciones públicas. Y no sólo a los congresistas (tema del cual se ocupa el Capítulo VI, Título IV de la carta); vale decir, que todo ciudadano que aspire a ser Senador, Representante a la Cámara, Diputado a la Asamblea, Concejal o en general a toda corporación o cargo público con período fijo determinado

por la constitución o por la ley no puede hallarse dentro de ninguna de las situaciones previstas por el numeral 8o. del artículo 179 de la Constitución. Por consiguiente:

- La norma, como está redactada, comprende a todo ciudadano colombiano, sin distinción.

- Consagra una prohibición de carácter constitucional para ser "elegido" en corporaciones públicas. El acto electoral es de naturaleza compleja por cuanto comprende la inscripción y la elección.

- La prohibición se concreta a ser elegido para dos o más corporaciones, para un cargo y una corporación o para dos cargos simultáneamente, pero en todo caso se refiere a cargos que tengan período fijo.

- La prohibición no contempla el caso de reelección para miembros de corporaciones públicas que aspiren a ello, motivo por el cual no es aplicable para esta eventualidad.

Por lo demás de acuerdo a las normas constitucionales vigentes se tiene que el período de los actuales diputados y concejales termina el 31 de diciembre de 1994 (art. 19, transitorio de la Constitución); con respecto a los otros cargos y en relación con su período, se tiene:

a) Los miembros del Congreso elegidos el 27 de octubre de 1991, terminan su período el 19 de julio de 1994 (art. 19, transitorio de la Constitución).

b) Los Gobernadores elegidos el 27 de octubre de 1992, extienden su período hasta el 2 de enero de 1995 (Art. 303 y 16 transitorio de la Constitución).

c) Los Alcaldes elegidos en 1992, terminan su período el 31 de diciembre de 1994 (Artículo 19 transitorio de la Constitución).

En consecuencia: Los Concejales o Diputados que actualmente ejerzan su cargo y aspiren a ser miembros del Congreso, a ser Gobernadores o Alcaldes deberán estarse a lo siguiente:

a) Si aspiran a ser miembros del Congreso de la República, tienen que dejar el cargo antes de efectuar la inscripción correspondiente.

b) Si un concejal aspira a ser Diputado a la Asamblea Departamental, no tiene que retirarse del cargo de Concejal, por cuanto los períodos correspondientes a los cargos finalizan el mismo día, vale decir, no coinciden. Lo propio ocurre si es el Diputado quien aspira a ser Concejal.

c) Para ser Gobernador se presenta una situación semejante a la de la elección de Congresista. El Diputado o el Concejal que se halle ejerciendo el cargo, tendrá que retirarse del mismo antes de la inscripción para las inscripciones de Gobernador.

d) Para llegar a ser Alcalde, los actuales Concejales o Diputados no están obligados a retirarse de sus cargos en la fecha de inscripción por cuanto su período vence el mismo día que el Alcalde; por tal motivo no se superponen.

e) El Concejal o Diputado que aspire a la reelección no queda comprendido dentro de las inhabilidades previstas por el artículo 179 numeral 8o. de la Constitución.

Al respecto la Sala precisa su criterio expuesto en concepto de 1o. de octubre de 1992 en el sentido de que el Concejal o Diputado que aspire a ser elegido para otra corporación o cargo público, debe renunciar a su investidura y que la renuncia, sea aceptada, con anterioridad a la fecha de su candidatura, siempre, que los respectivos períodos coincidan en el tiempo así sea parcialmente. Se exceptúan los casos en los cuales los respectivos períodos no coincidan ni siquiera parcialmente, como en el caso en el que el Concejal o Diputado aspira a su reelección.

3.- El artículo 179, número 2 de la Constitución, dispone que no podrán ser Congresistas "quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección". Sobre este aspecto la Sala ha expresado su criterio en conceptos de 5 de noviembre de 1991 y 1o. de octubre de 1992 (radicaciones 413 y 463), en el sentido de señalar que los cargos con autoridad a que se refiere la Constitución, tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad Administrativa son todos los que corresponden a la Administración Nacional, Departamental y Municipal incluídos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de Directores o Gerentes de Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; Gobernadores departamentales y municipales, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la fuerza pública; según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio de autoridad civil. Tal es el caso de los Jueces y Magistrados, de los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad de la Fiscalía General".

"4".- De lo anterior se puede concluir que los concejales son servidores públicos que no tienen autoridad civil, política, administrativa o militar y, por lo mismo, mientras no se expida la ley que señale sus incompatibilidades, no existe prohibición para que sean elegidos congresistas, con la sola salvedad de que para aspirar a dicha elección deben renunciar a sus cargos y una vez aceptadas éstas, pueden inscribirse válidamente como candidatos al Congreso, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 179, número 8, de la Constitución que dispone que "nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público..., si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

"5".- El inciso segundo, del artículo 303 de la Constitución Nacional dispone que la ley fijará las inhabilidades para ser elegido gobernador; sin embargo, hasta el momento dicho régimen no ha sido expedido por el Congreso.

Pero el artículo 304, inciso segundo, determina que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores "no será menos estricto que el establecido para el Presidente de la República", lo que implica que esas disposiciones le serán aplicadas como mínimo a los Gobernadores.

Así se tiene que el artículo 197 de la Carta Fundamental ordena que no podrá ser Presidente de la República, entre otros motivos, quien hubiere ejercido la presidencia, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

"Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o de la Corte Constitucional, Consejero de Estado o miembro del Consejo Nacional Electoral, o del Consejo Superior de la Judicatura, Ministro del Despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Director de Departamento Administrativo, Gobernador de Departamento o Alcalde mayor de Santa Fe de Bogotá".

Como puede observarse, en la norma transcrita no está señalado el cargo de concejal, lo que permite concluir que mientras no se expida la ley que específicamente fije las inhabilidades para ser elegido gobernador, los concejales pueden serlo, con la condición de que se retiren del cargo antes de la fecha prevista para la inscripción de candidato a la gobernación.

6.- En relación con las inhabilidades para ser candidato y elegido alcalde, la Sala expresó su criterio en el citado concepto de 1o. de octubre de 1992 (radicación 463) y sostuvo que: "se observa que las normas legales que han fijado los regímenes de inhabilidades para elegir concejales y alcaldes se encuentran vigentes porque no son contrarias a las disposiciones constitucionales".

"**La ley 49 de 1987**, que modificó la ley 78 de 1986, establece en su artículo 5o. letra e), que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien '...dentro de **los tres (3) meses** anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial...'

"Estas prohibiciones a diferencia de las analizadas se refieren en forma genérica a Empleados Oficiales, que puedan ser empleados públicos, con o sin autoridad política, civil, militar o administrativa, o trabajadores oficiales. De donde se deduce que cualquier persona que ostente dicha calidad está inhabilitada para ser elegida concejal o alcalde...".

7.- Como el artículo 312 inciso 2o. de la Constitución dispone que los concejales no son empleados públicos, no les es aplicable la inhabilidad prescrita por el artículo 5o. letra e) de la ley 49 de 1987, pues ésta se refiere específicamente a empleados oficiales. Por consiguiente, los concejales para ser candidatos a Alcaldes, no tienen que separarse del cargo con tres meses de anticipación a la fecha de la elección.

8.- De otra parte, en relación con las incompatibilidades de los diputados para ser elegidos congresistas, Gobernadores o Alcaldes, se debe aplicar el mismo criterio expuesto sobre sus inhabilidades de manera que, mientras el legislador determina su régimen de incompatibilidades se les debe aplicar como mínimo el previsto para los congresistas en los artículos 180 y 181 de la Constitución Nacional.

9.- El art. 180 de la norma suprema, fija las incompatibilidades de los Congresistas, extensivas a los diputados por virtud del artículo 299, inciso 3o., dentro de los cuales, el numeral 10, dispone que ellos no podrán "desempeñar cargo o empleo público o privado", prohibición que tendrá vigencia "durante el período constitucional respectivo" y "en caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior".

10.- Como el artículo 299 inciso 3o. de la Constitución dispone que los diputados no tienen la calidad de funcionarios públicos a estos no les son aplicables las inhabilidades prescritas de los empleados oficiales, particularmente en cuanto imponen la obligación de retirarse del cargo con una determinada antelación a la fecha de las elecciones.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno:

1.- Los concejales elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a ser elegidos congresistas o Gobernadores, deben renunciar a su investidura y separarse del cargo, antes de la fecha prevista para la respectiva inscripción de candidaturas, siempre que la ley que expida el régimen de inhabilidades e incompatibilidades con fundamento en el artículo 293 de la Constitución Política no disponga cosa diferente.

Los Concejales elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a su reelección o a ser elegidos Alcaldes o diputados no requieren separarse del cargo para inscribirse como candidatos porque los períodos respectivos no se superponen ni siquiera parcialmente.

2.- Los Diputados que pretendan ser elegidos congresistas, Gobernadores, mientras se expide la ley que regule sus inhabilidades, deben presentar renuncia y retirarse del cargo, antes de la fecha prevista para poder inscribir su candidatura.

Los Diputados elegidos para el período 1992-1994 que aspiren a su reelección o a ser elegidos alcaldes o concejales no requieren renunciar a su investidura para efectos de inscribir su candidatura.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/CONTRALORIA DISTRITAL/ CONTRALORIA MUNICIPAL/AUTONOMIA ADMINISTRATIVA/ AUTONOMIA PRESUPUESTAL/CONTRATO DE VIGILANCIA FISCAL- Autorización Legal/**PERSONERIA JURIDICA-**Inexistencia/ **CONTROL FISCAL.**

Las Contralorías departamentales, distritales y municipales son respectivamente, dependencias de los departamentos, distritos y municipios y tienen autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones. Pero ello no significa que los contralores departamentales, distritales y municipales puedan nombrar y remover libremente a sus empleados. Por el contrario según los artículos268, número 10, y 272, inciso 6o. los empleados de las contralorías departamentales, distritales y municipales deben ser designados por el sistema de mérito y pertenecer a la carrera administrativa que prescribe la ley. Los contratos que interesen a las mencionadas contralorías deben celebrarse mediante el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizado por ordenanza departamental o acuerdo municipal. Sin embargo, la Constitución excepcionalmente faculta a los contralores departamentales, distritales y municipales, siempre que medie autorización legal para "contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal". En este caso excepcional el contralor, departamental, distrital o municipal, contrata según el caso, en representación del departamento, del distrito o del municipio. Los contralores departamentales, distritales o municipales no pueden celebrar ningún otro contrato en representación, respectivamente, de los departamentos, distritos y municipios. La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que tengan o que se les deba reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

RADICACION No. 485. Ref.: Consulta sobre autonomía administrativa y presupuestal de las Contralorías Departamentales y Municipales (Artículo 272 de la Constitución Política).

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

> "1.- Partiendo de la base de que las Contralorías Departamentales y Municipales, constitucionalmente tienen autonomía Administrativa y Presupuestal, pueden administrar su personal nombrado y removiendo por necesidades del servicio los empleados a su cargo?.
>
> 2.- Pueden los contralores celebrar los contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones?. O requieren de una ley expresa que les reconozca la facultad de contratar con cargo a su presupuesto?.
>
> 3.- La facultad de contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la función fiscal, implica que sólo pueden las Contralorías Departamentales y Municipales celebrar esta clase de contratos?.
>
> 4.- Si tienen personería jurídica, podrían las Contralorías directamente exigir ante la justicia el cumplimiento o la indemnización de un contrato, o ser demandadas para que indemnicen por hechos realizados por estos organismos?.
>
> 5.- Si las Contralorías Departamentales y Municipales son organismos de control fiscal que constitucionalmente se les confiere autonomía administrativa y presupuestal, y la conclusión de esa H. Sala es que no tienen facultad para contratar, en qué consiste dicha autonomía?.
>
> 6.- Siendo que los artículos 300, No. 9º y 313 de la Constitución Política, señalan como atribución de las Asambleas y Concejos "autorizar a los Gobernadores y Alcaldes para celebrar contratos", y que dentro del proceso de contratación es menester la previa autorización de la respectiva corporación, en caso de que las Contralorías contraten el ejercicio de la función fiscal conforme a la ley, requerirían la autorización del Concejo o Asamblea según el caso?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El artículo 267, inciso 4o, de la Constitución dispone que la Contraloría General de la República "es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal" y que "no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

Además, el artículo 272, inciso 3o., de la Constitución prescribe 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".

De manera que la Constitución dispone que las contralorías nacional, departamentales, distritales y municipales se organicen como entidades técnicas, con autonomía administrativa y presupuestal, sin otras funciones administrativas que las necesarias para su organización.

2o.) Según el artículo 272, inciso 6o., de la Constitución, "las contralorías departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 "y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal".

La Constitución atribuye a la Contraloría General de la República "la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración" (artículos 119 y 267). Además, el artículo 268 del mismo estatuto faculta al Contralor General de la República, entre otras materias, para "prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos y bienes de la Nación" y "los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deban seguirse"; "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"; solicitar "informes sobre su 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"; determinar "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"; verificar y conceptuar sobre la calidad e idoneidad del control interno "de los organismos y entidades del Estado"; promover, ante las autoridades competentes las investigaciones penales y disciplinarias "contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado" y pedir "verdad sabida y buena fé guardada", la suspensión de los funcionarios investigados mientras culminan los correspondientes procesos; "presentar proyectos de ley relativos al régimen de control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General" y "proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría...".

De manera que a los contralores departamentales, distritales y municipales corresponden, con las variantes propias de cada cargo, las funciones, antes indicadas, que el articulo 268 de la Constitución atribuye al Contralor General de la República.

3o.) Las contralorías departamentales son dependencias de los correspondientes departamentos y las distritales y municipales de los respectivos distritos y municipios.

Los departamentos, distritos y municipios son personas jurídicas de Derecho Público (artículo 80 de la ley 153 de 1887), cuyos representantes son los correspondientes gobernadores y alcaldes (artículos 303, inciso 1o., y 315, número 3, de la Constitución).

Las contralorías, por el contrario, como entidades que pertenecen a los departamentos, distritos y municipios, no tienen ni podrían tener personería jurídica.

4o.) Por consiguiente, como las contralorías no tienen personería jurídica, no pueden directamente celebrar contratos, sino mediante los representantes legales de los departamentos, distritos y municipios, gobernadores o alcaldes, según el caso, debidamente autorizados por ordenanzas departamentales o acuerdos municipales (artículos 300, número 9, y 313, número 3, de la Constitución).

Sin embargo, el artículo 272, inciso 5o., de la Constitución excepcionalmente faculta a los contralores departamentales, distritales y municipales, mediante autorización legal, para "contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal", del mismo modo como el artículo 267, inciso 2o., del mencionado estatuto contempla que la ley "podrá autorizar que, en casos especiales" la vigilancia de la gestión fiscal que incumbe a la Contraloría General de la República "se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado". Sólo que esta singular y extraña atribución, en el caso de los contralores departamentales, distritales y municipales, se podría ejercer directamente, sin previo concurso ni dictamen de ninguna entidad, a menos que la ley exija iguales o parecidos requisitos.

Estos contratos excepcionales se celebran por los contralores, mediante autorización legal, en representación del correspondiente departamento, distrito o municipio.

5o.) Según el artículo 272, inciso 3o., "corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal".

De este modo la Constitución prescribe que la ordenanza departamental o el acuerdo distrital o municipal que organice la contraloría debe dotarla de la estructura y del personal indispensable para el cumplimiento de las funciones que le corresponden; asignarle el presupuesto necesario para su normal funcionamiento y disponer que los gastos se ordenen por la misma entidad y que las funciones que le corresponden debe ejercerlas con absoluta independencia, sin injerencia de ninguna entidad o funcionario.

6o.) El artículo 268, número 10, de la Constitución —que, como se expuso, es aplicable a las contralorías departamentales y municipales— dispone que su personal debe ser provisto por el sistema de mérito y pertenecer a la carrera administrativa dispuesta por la ley. Además, según el artículo 125 de la Constitución, "los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramien-

to no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público ...".

De manera que los contralores departamentales, distritales y municipales que, según el artículo 272, inciso 4o., de la Constitución, son elegidos, respectivamente, por las asambleas departamentales y los concejos municipales, según los artículos 125, 268, número 10, y 272, inciso 6o., de la Constitución, deben proveer los empleos de su dependencia mediante concurso público y ellos deben pertenecer a la carrera administrativa que organice la ley.

CON FUNDAMENTO EN LO EXPUESTO LA SAL RESPONDE:

1o.) Las contralorías departamentales, distritales y municipales son, respectivamente, dependencias de los departamentos, distritos y municipios y tienen autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones. Pero ello no significa que los contralores departamentales, distritales y municipales pueden nombrar y remover libremente a sus empleados. Por el contrario, según los artículos 268, número 10, y 272, inciso 6o., los empleados de las contralorías departamentales, distritales y municipales deben ser designados por el sistema de mérito y pertenecer a la carrera administrativa que prescriba la ley.

2o.) Las contralorías departamentales, distritales y municipales pertenecen, en su orden, a las personas jurídicas de Derecho Público denominadas departamentos, distritos y municipios. Por consiguiente, los contratos que interesen a las mencionadas contralorías deben celebrarse mediante el correspondiente gobernador o alcalde, debidamente autorizado por ordenanza departamental o acuerdo distrital o municipal.

Sin embargo, la Constitución excepcionalmente faculta a los contralores departamentales, distritales y municipales, siempre que medie autorización legal, para "contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal". En este caso excepcional, el contralor, departamental, distrital o municipal, contrata, según el caso, en representación del departamento, del distrito o del municipio. Los contralores departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar ningún otro contrato en representación, respectivamente, de los departamentos, distritos y municipios.

3o.) Los gobernadores y los alcaldes representan, respectivamente, a los departamentos, distritos y municipios en los juicios o procesos en que éstos sean partes como demandantes, demandados o terceros intervinientes. Los contralores no tienen la representación judicial de las mencionadas entidades.

4o.) La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que tengan o que se les deba reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario.

5o.) Los contralores, departamentales, distritales y municipales, para ejercer la facultad excepcional que les confiere la Constitución (artículo 272, inciso 6o.), de contratar, mediante autorización legal, "con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal", no requieren autorización especial de ordenanza departamental o acuerdo municipal: la Constitución sólo exige que medie autorización legal.

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, con salvamento de voto, Roberto Suárez Franco,*

Elizabeth Castro R, Secretaria.

EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES/REGALIAS- Distribución/**FONDO NACIONAL DE REGALIAS-**Beneficiarios

La voluntad expresada en la Constitución consiste en que la totalidad de las regalías causadas por la explotación en el territorio del Estado de los recursos naturales no renovables sean entregados a los departamentos y municipios y, en su caso "a los distritos y territorios indígenas, las unas directamente a aquellas entidades territoriales en donde se adelantan las explotaciones, y las otras, que hoy en día corresponde al porcentaje asignado a la Nación a través del Fondo Nacional de Regalías. Se procura instaurar una política de descentralización de los dineros provenientes de las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables, de manera que al beneficiar a los departamentos y municipios, estas entidades dispongan de recursos financieros adicionales par impulsar su desarrollo. Hasta que se haga el debido desarrollo legal de los criterios consagrados en los artículos 360 y 361 de la Constitución, la Sala considera que las normas legales sobre distribución de regalías, vigentes en la fecha de expedición de la Nueva Carta Política, prolongan sus efectos jurídicos y deben ser aplicadas en su integridad.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón

REF: Consulta sobre los criterios de distribución de las regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables.

Radicación No. 476.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Guido Nule Amín, luego de ilustrar a la Sala sobre las normas legales que fijan los criterios y porcentajes de distribución de las regalías pagadas por la explotación de los recursos naturales no renovables - menciona los casos relacionados con el Carbón, las Esmeraldas, el

Níquel, el Cloruro de Sodio o Sal Común, y los Hidrocarburos-, hace alusión a las nuevas normas consagradas en la Constitución de 1991 sobre el tema (artículos 360 y 361), y formula la siguiente consulta:

> 1. Debe entenderse que se mantiene la vigencia jurídica de las leyes que determinan la distribución de las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables hasta tanto expida el legislador la normatividad relacionada con el Fondo Nacional de Regalías, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 361 de la Constitución Política?
>
> 2. En caso contrario, estamos ante un vacío Jurídico que impide la aplicación y Ejecución del ordenamiento legal vigente correspondiente al derecho minero y de hidrocarburos ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I.- **Antecedentes legales.**- En Colombia ha sido tradicionalmente la ley, cuyas disposiciones se encuentran contenidas de manera particular en el Código de Minas y en el Código, de Petróleos, la encargada de fijar los porcentajes de distribución de las regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables.

De la destinación de las regalías de pequeña, mediana y gran minería, así como de las provenientes de la explotación del carbón, de las emeraldas, del níquel, del hierro, del cloruro de sodio, de conformidad con el Código de Minas y otras disposiciones, participan la Nación, los departamentos y los municipios productores, Corporaciones Regionales, Fondos de Fomento Minero y empresas industriales y comerciales del Estado titulares de aportes mineros; y de la repartición de las regalías provenientes de la explotación de hidrocarburos, según el Código de Petróleos y numerosos decretos, participan entidades tales como la Nación, los departamentos y municipios productores, ECOPETROL, los Consejos Regionales de Planificación y las Corporaciones Regionales.

Los beneficiarios de las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables son, por tanto, la Nación, entidades territoriales y otras entidades u organizaciones de diversa naturaleza jurídica. Todo de acuerdo con las disposiciones legales expedidas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991.

II.- **Nuevos criterios constitucionales.-** La nueva Constitución política, en su artículo 360, regula de manera general los aspectos fundamentales en relación con los recursos naturales no renovables, y así dispone:

> a. Que la ley determinará las condiciones para la explotación de dichos recursos;
>
> b. Que su explotación causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte;

c. Que la ley determinará los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos; y

d. Que los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de tales recursos naturales, al igual que los puertos marítimos y fluviales por donde sean transportados, ellos o sus derivados, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado.

El artículo 361 de la Carta Política, a su turno, versa sobre la creación por ley de la república de un Fondo Nacional de Regalías, en las siguientes condiciones:

a. El Fondo se formará con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios;

b. Sus recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley; y

c. Los fondos se aplicarán, específicamente, a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

De manera que de conformidad con el criterio constitucional, las regalías causadas por la explotación de los recursos naturales no renovables se destinarán primeramente, en los porcentajes que determine la ley, a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten las explotaciones, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde sean transportados tales recursos naturales o sus derivados. El producto de las regalías restantes o sea los ingresos no asignados a los departamentos, municipios y puertos marítimos y fluviales ya mencionados, deberá destinarse a la formación de un Fondo Nacional de Regalías del cual serán beneficiarios, en los términos que señale la ley, las entidades territoriales.

Como las entidades territoriales son, según la enumeración que hace el artículo 286 de la Nueva Constitución, los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, una vez organizado por el legislador del Fondo Nacional de Regalías, solamente esta clase de entidades tendrán la condición de beneficiarias del mismo.

Se advierte que en caso de falta de disposiciones especiales para los distritos, a éstos les serán aplicables las vigentes para los municipios (arts. 322 inciso segundo y 328) y que en cuanto a las entidades territoriales indígenas una vez conformadas con sujeción a la Ley de Ordenamiento Territorial y delimitadas por el Gobierno Nacional en la forma dispuesta por el art. 329 de la Constitución, también deberán participar en los beneficios del Fondo Nacional de Regalías, en los términos que señale la ley.

Es pertinente deducir, en consecuencia, que la voluntad expresada en la Constitución consiste en que la totalidad de las regalías causadas por la explotación en el territorio del Estado de los recursos naturales no renovables, sean entregados a los departamentos y municipios y, en su caso, a los distritos y territorios indígenas,

las unas directamente a aquellas entidades territoriales en donde se adelantan las explotaciones, y las otras, que hoy en día corresponde al porcentaje asignado a la Nación, a través del Fondo Nacional de Regalías.

Con el criterio expuesto, se procura instaurar una política de descentralización de los dineros provenientes de las regalías y compensaciones causadas a favor del Estado por la explotación de los recursos naturales no renovables, de manera que al beneficiar a los departamentos y municipios (distritos y territorios indígenas), estas entidades dispongan de recursos financieros adicionales para impulsar su desarrollo.

Sin embargo, los nuevos fundamentos constitucionales en materia de derecho minero y de hidrocarburos, relacionados directamente con la distribución de las regalías, para entrar a regir están supeditados por voluntad expresa del constituyente, a la expedición de las leyes en las cuales se concreten tanto los derechos de participación de los departamentos y municipios en cuya jurisdicción se hagan las explotaciones como de los puertos marítimos y fluviales por donde se efectúen las operaciones de transporte y, con las regalías restantes, sea organizado el Fondo Nacional de Regalías que tendrá como beneficiarios a las entidades territoriales.

Por consiguiente, hasta que se haga el debido desarrollo legal de los criterios consagrados en los artículos 360 y 361 de la Constitución, la Sala considera que las normas legales sobre distribución de regalías, vigentes en la fecha de expedición de la nueva Carta Política, prolongan sus efectos jurídicos y deben ser aplicadas en su integridad.

Solución en sentido contrario, conduciría en desmedro del principio de prevalencia del interés general que la Carta

Política expresa en su artículo lo., a aceptar un vacío jurídico, al dejar sin aplicación la legislación sobre regalías, lo que por paradoja redundaría en perjuicio de las entidades territoriales, o bien a poner en vigencia, de inmediato, las normas constitucionales ya mencionadas, con prescindencia de la ley que ellas mismas ordenan expedir y que es la única que puede establecer los derechos de los beneficiarios y fijar los porcentajes de distribución.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a lo señores Ministro de Minas y Energía y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidron, Humberto Mora Osejo, Roberto Suarez Franco.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

SECCION PRIMERA

REGISTRO DE MARCA - Observaciones / **POTESTAD REGLAMENTARIA / DERECHO COMUNITARIO**

Para que la administración pueda rechazar de oficio el registro de observaciones o, mediante resolución motivada, el registro de una marca por haber prosperado tales observaciones, necesariamente han de tenerse en cuenta los medios probatorios que el interesado allegue en apoyo de su solicitud, y, en la oportunidad que no puede ser otra que con la presentación del escrito. La norma comunitaria da por sentada la existencia de los elementos probatorios, y, en tal sentido, la reglamentación que hizo el Gobierno Nacional, que permite precisar aspecto éste tan importante, no puede calificarse como exceso de una potestad pues precisamente el objeto de la reglamentación es hacer expedida la aplicación de una norma, sin rebasar el espíritu y alcance de la misma, y, no puede entenderse que el legislador comunitario haya obviado el aspecto probatorio, como para que pueda afirmarse que no pueda ser objeto de reglamentación. Todo lo contrario, éste elemento se encuentra ínsito pues se supone lógicamente que quien busque desvirtuar la registrabilidad de un signo marcario, debe aducir los elementos de juicio junto con las pruebas en que ellos se sustentan, para sacar avante su pretensión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2057. Acción de nulidad por inconstitucionalidad contra el literal d) del artículo 26 del Decreto No. 0575 de 3 de abril de 1992, expedido por el Presidente de la República. ACTOR: ALVARO RAMIREZ BOTERO

El ciudadano ALVARO RAMIREZ BOTERO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del literal d) del artículo 26 de Decreto 0575 de 3 de abril de 1992, expedido por el Presidente de la República "Por el cual se reglamenta parcialmente la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena".

I. Disposiciones violadas y concepto de la violación.

Señala el actor como violados los siguientes artículos: 121, 150 numerales 1, 2 y 24 y 189 de la Constitución Política; 618 y 2.035 del C. de Co.

Para fundamentar el concepto de la violación, aduce los siguientes argumentos:

1. Se violó, por falta de aplicación el artículo 121 de la Constitución Política al ejercer el Presidente de la República una función distinta de las que le atribuyen el artículo 189 *ibídem* y los artículos 618 y 2.035 del C. de Co., puesto que pretendió reglamentar lo relativo a pruebas de las observaciones al registro de marca, cuando la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena no contiene ninguna disposición sobre esta materia, y cuando el Código de Comercio consagra una norma a este respecto totalmente distinta, es decir, reglamentó lo que por ausencia de materia no era reglamentable, y, en relación con el Código de Comercio, cambió lo que hubiera podido reglamentar.

2. Se quebrantó el artículo 150 numerales 1, 2 y 24 de la Carta Política, por falta de aplicación, al usurpar funciones que corresponden al Congreso, cuales son hacer las leyes, reformar los Códigos y regular el régimen de la propiedad industrial, ya que frente a este último estableció una norma totalmente nueva, al consagrar que junto con las observaciones deben presentarse pruebas que desvirtúen la registrabilidad de la marca, y reformó el Código de Comercio, derogando su artículo 590 inciso 2o.

3. Se vulneraron los artículos 189 ordinal 2o. *ibídem* y 618 y 2.035 del C. de Co., por indebida aplicación, al exceder las facultades reglamentarias.

II. Actuación.

Por auto de fecha 16 de julio de 1992, se admitió la demanda denegándose el decreto de suspensión provisional por no encontrarse *prima facie* la infracción señalada en el libelo.

En cumplimiento del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación —Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior.

La Nación —Ministerio de Desarrollo Económico—, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, aduciendo que el Decreto 575 de 1992 fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 618 y 2.035 del C. de Co., y en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que el Decreto Reglamentario citado simplemente señala los detalles, el período probatorio de las observaciones, para buscar la efectividad de las previsiones de la Decisión 313, indicando los medios jurídicos para lograr que la norma legislativa tenga efectividad y sin que ello traiga consigo una violación del mandato de ésta.

III. La decisión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El Decreto 0575 de 3 de abril de 1992, consagra en su artículo 26 los requisitos que debe contener el escrito de observaciones al registro de una marca, y, dentro de ellos, en el literal d.), que constituye el acto acusado, exige: "las pruebas tendientes a desvirtuar la registrabilidad del signo".

Observa la Sala que las normas de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contienen los aspectos relativos al registro marcario, concretamente las disposiciones de los artículos 82 a 85 *ibídem* que guardan relación con el tema controvertido, prevén que quien tenga un interés legítimo pueda oponerse o hacer observaciones al registro de una marca. Así, en el artículo 82 de la citada Decisión se señala:

> "Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones a la concesión de la marca solicitada".

El artículo 83 estatuye las causales por las cuales de oficio, la Oficina Nacional Competente podrá rechazar tales observaciones y dentro de ellas consagra:

"a) Que la observación fuere presentada extemporáneamente;

b) Que se fundamente en una solicitud de fecha posterior a la petición de registro de marca a la cual se observa.

c) Que la observación se base en marcas evidentemente distintas o que pertenezcan a clases disímiles, a menos que la solicitud pudiese causar a su titular un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de la marca o de un aprovechamiento injustificado de ésta, o

d) Que se fundamente en convenios o tratados no vigentes en el País Miembro en el cual se tramita la solicitud de registro de marca".

El artículo 84 preceptúa:

> "Una vez presentadas las observaciones y no incurriendo éstas en las causales del artículo anterior, previa notificación, se otorgará al peticionario un plazo de treinta (30) días hábiles improrrogables para que presente sus alegatos, de estimarlo conveniente, vencido el cual la oficina nacional competente decidirá sobre las observaciones y la concesión o denegación del registro de marca, lo cual notificará al peticionario mediante resolución motivada".

Del contenido de las normas comunitarias transcritas se infiere que ellas regulan, como en efecto lo hacen, el trámite de las observaciones al registro marcario, como quiera que indican quién puede presentar la solicitud, el término para hacerlo, las causales por las que de oficio se puede rechazar la solicitud y el término para alegar de conclusión, vencido el cual se tomará la decisión.

Forzoso es concluir entonces que para que la administración pueda rechazar de oficio el escrito de observaciones, o, mediante resolución motivada, el registro de

una marca por haber prosperado tales observaciones, necesariamente han de tenerse en cuenta los medios probatorios que el interesado allegue en apoyo de su solicitud, y, en la oportunidad que no puede ser otra que con la presentación del escrito, dado que en el trámite previsto en los artículos 82 a 85 si bien es cierto no se estableció el período probatorio específico, no es menos cierto que al consagrar las causales de rechazo de la solicitud y exigir la motivación en la decisión, ellos no pueden darse con prescindencia de las pruebas que aporte el solicitante. En otras palabras, la norma comunitaria da por sentada la existencia de los elementos probatorios, y, en tal sentido, la reglamentación que hizo el Gobierno Nacional, que permite precisar aspecto éste tan importante, no puede calificarse como exceso de una potestad pues precisamente el objeto de la reglamentación es hacer expedita la aplicación de una norma, sin rebasar el espíritu y alcance de la misma, y, no puede entenderse que el legislador comunitario haya obviado el aspecto probatorio, como para que pueda afirmarse que no pueda ser objeto de reglamentación. Todo lo contrario, éste elemento se encuentra ínsito pues se supone lógicamente que quien busque desvirtuar la registrabilidad de un signo marcario, debe aducir los elementos de juicio junto con las pruebas en que ellos se sustentan, para sacar avante su pretensión.

Por las razones analizadas no se advierte quebranto de los artículos 121 y 189 de la Constitución Política ni 618 y 2.035 del C. de Co., dado que por regular las normas comunitarias el trámite de las observaciones al registro marcario, sin haber dejado de lado el aspecto probatorio, no resulta cierta la aseveración del actor en el sentido de que no existe materia reglamentable. Además, no se observa transgresión del artículo 150 numerales 1, 2 y 24 de la Carta Política, pues no hubo usurpación de las funciones que corresponden al Congreso ya que el ejercicio de la potestad reglamentaria está radicado en cabeza del Gobierno Nacional, y, en cuanto a la derogatoria del artículo 590 inciso 2o. del Estatuto Comercial que señala el período probatorio en el trámite de las oposiciones, al haber la Decisión 313 regulado su trámite, dicha disposición no tiene aplicación mientras subsistan las normas comunitarias.

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 instaurada por ALVARO RAMIREZ BOTERO contra el literal d.) del artículo 26 del Decreto 0575 de 1992.

2o. Devuélvanse los dineros depositados para gastos del proceso que no fueron utilizados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

AUXILIOS/SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia.

La medida precautelativa no es procedente, pues, claro es, que para encontrar el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como supuestamente quebrantada por el acto acusado, es menester entrar en toda una serie de consideraciones, propias de la sentencia que ponga término a la acción y no de un simple auto, sobre si realmente el Constituyente de 1991, en el artículo 355 de la actual Carta Política del país, se refirió exclusivamente a lo que se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como entidades públicas estatales, dejando, por consiguiente, por fuera a las no estatales aun cuando forman parte de la estructura del Estado, ya que tanto la Constitución como la ley las consagran y contiene normas reguladoras sobre ellas; si ellas están o no sometidas, en materia de administración y destinación de sus bienes o de parte de ellos y demás recursos, a las misma reglas de la administración central o centralizada, es decir, que no pueden destinar bienes o recursos "para fines diferentes a los contemplados en la ley", como lo prescribe el artículo 30 del Decreto Ley 1050 de 1968, y, desde luego, a los contemplados en la Ley de Leyes o con desconocimiento de lo prohibido por ella; etc.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.*

Ref: Expediente No. 2171. Acción de nulidad. Actores: GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ y Otro.

Los ciudadanos y abogados GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ R. Y MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan la declaratoria de nulidad del parágrafo del artículo 3o. del Decreto No. 1403 de 26 de agosto 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

En ejercicio del derecho consagrado en el artículo 152 del C.C.A., los accionantes solicitan el decreto de suspensión provisional de la norma acusada, que es del siguiente tenor:

"Para efectos del presente decreto, se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas".

Consideran que la disposición pretranscrita, quebranta las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

1o. El artículo 355 de la C. N., inciso primero, en cuanto en éste se dispone que ninguno de los órganos del poder público puede decretar auxilios o donaciones a entidades privadas; y las Sociedades de Economía Mixta, según el art. 115 de la C. N., no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, norma que igualmente resulta violada.

2o. El numeral 11 del artículo 189 de la C. N., que atribuye al Presidente de la República facultad reglamentaria "para la cumplida ejecución de las leyes".

El decreto acusado tiene el carácter constitucional reglamentario, dictado para la cumplida ejecución del artículo 355 de la C. N., y por ello, debía someterse a los límites de toda potestad reglamentaria.

En el caso cuestionado, el parágrafo demandado invadió esa zona de reserva constitucional. En efecto, si el artículo 355 de la C. N., que pretendía reglamentar, dispuso con criterio orgánico que ninguna de las Ramas u Organos del Poder Público puede decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, y las sociedades de economía mixta están excluidas de los organismos integrantes de la Rama Ejecutiva (según la disposición del artículo 1o. del Decreto-Ley 1050 de 1968, norma que por tanto resultó igualmente violada), debe concluírse que el Parágrafo en cuestión excedió la disposición constitucional precitada al incluir tales sociedades entre las "entidades públicas" a las cuales se refiere la prohibición de dar auxilios o donaciones. Ellas no hacen parte de la Rama Ejecutiva, del Gobierno.

O sea, que el propio parágrafo, con su tenor literal, dejó claramente establecido que excediendo a la Constitución, incluía a tales sociedades entre los órganos del Poder Público.

3o. Con el parágrafo se violó igualmente el artículo 1o. del Decreto-Ley 1050 de 1968, en cuanto, contra lo dispuesto en esa disposición, incluyó a las sociedades de economía mixta dentro de las entidades públicas, siendo que tal artículo las excluye expresamente de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Es más. La doctrina ha llegado a decir que las Sociedades de Economía Mixta, no sólo no hacen parte de la Administración, sino que tampoco son auténticas

entidades descentralizadas. Tal es el caso del tratadista Manuel M. Diéz en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 135.

Una cosa son las entidades públicas estatales y otra las públicas no estatales, diferenciación hecha por tratadistas como Sayagues Laso y Héctor Escola. Entre las últimas están las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, y cuando el artículo 355 de la C. N. se refiere a los órganos del Poder Público, ESTA ALUDIENDO A LAS ENTIDADES JURIDICAS PUBLICAS ESTATALES, porque los órganos del Poder Público son los que están incluidos dentro de los cuadros oficiales de la Administración y satisfacen fines o cometidos estatales, propios del Gobierno.

No entenderlo así es desconocer, como lo hizo el acto acusado, la regla de hermenéutica del artículo 29 del C. C., pues la ley y la C. N. nos dicen cuáles son las entidades estatales o los órganos del poder público.

De otra parte, no puede decirse válidamente que las sociedades de economía mixta se convierten en entidades públicas estatales cuando ellas, en razón de la magnitud del aporte estatal, adquieren el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto las sociedades que tengan ese aporte estatal igual o superior al 90% del capital social, si bien adquieren el régimen previsto para las empresas dichas, NO POR ELLO SE MODIFICA SU NATURALEZA JURIDICA DE SOCIEDADES, pues continúan estando separadas de los cuadros estatales y desempeñando actividades exclusivamente industriales o comerciales. Esos son los alcances y límites del artículo 3o. del Decreto-Ley 3130 de 1968.

No interpretarlo así es desconocer la norma del artículo 29 del C.C., porque no se tendría en cuenta el sentido jurídico que a tales sociedades les da el C. de Co., el D. 1050 de 1968, el D. 3130 de 1968 y el D. 130 de 1976.

Siendo sociedades de economía mixta, "ellas se sujetan a las reglas del derecho privado", como preceptúa el artículo 461 del C. de Co., norma que por lo tanto también resultó violada con el parágrafo acusado.

LA DECISION

Para decidir, *se considera*:

a) La norma acusada hace parte del artículo 2o. del Decreto 777 de 1992, como quedó después de su modificación y adición por el Decreto 1403 del mismo año, artículos 2o. y 3o., que reza, entonces, textualmente:

"Art. 2o. Están excluídos del ámbito de aplicación del presente Decreto: (por el cual se reglamenta la celebración de contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, observa la Sala).

"1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

"2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

"3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación (art. 2o. Dec. 1403 de 1992).

"4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

"5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta.

"Parágrafo. Para efectos del presente decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas" (art. 3o. Decreto 1403 de 1992).

Según los accionantes, este parágrafo del numeral 5o. del artículo 2o. del Decreto 777 de 1992 (artículo 3o. del Decreto 1403 del mismo año) es contrario a las normas constitucionales y legales invocadas, por cuanto no se puede incluir entre las "entidades públicas" a las cuales se refiere la prohibición de dar auxilios o donaciones, salvo la utilización del instrumento de la celebración de contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Carta, a las entidades descentralizadas que se conocen con la denominación de "Empresas Industriales y comerciales del Estado" y de "Sociedades de Economía Mixta con régimen de aquéllas", si se tiene en cuenta, de una parte, que ellas no hacen parte de la Rama Ejecutiva, del Gobierno, según la normatividad legal positiva del país, y, de otro lado, la norma constitucional quebrantada se refiere a ramas u órganos del Poder Público, o sea, a entidades jurídicas o públicas estatales, entre las cuales, según la doctrina, no es dable incluir a las empresas y sociedades que desarrollan o desempeñan actividades exclusivamente industriales y comerciales —no satisfacen fines o cometidos estatales, propios del Gobierno—, y que, fundamentalmente, se "sujetan a las reglas del derecho privado".

Para la Sala la medida precautelativa solicitada no es procedente, pues, claro es, que para encontrar el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como supuestamente quebrantadas por el acto acusado —el cual debe apreciarse *prima facie*, de manera ostensible— es menester entrar en toda

una serie de consideraciones, propias de la sentencia que ponga término a la acción y no de un simple auto o providencia de esta naturaleza, sobre si realmente el constituyente de 1991, en el artículo 355 de la actual Carta Política del país, se refirió exclusivamente a lo que se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como entidades públicas estatales, dejando, por consiguiente, por fuera a las no estatales aun cuando forman parte de la estructura del Estado, ya que tanto Constitución como ley las consagran y contiene normas reguladoras sobre ellas; si ellas están o no sometidas, en materia de administración y destinación de sus bienes o de parte de ellos y demás recursos, a las mismas reglas de la Administración central o centralizada, es decir, que no pueden destinar bienes o recursos "para fines diferentes a los contemplados en la ley...", como lo prescribe el art. 30 del Decreto Ley 1050 de 1968, y, desde luego, a los contemplados en laLey de Leyes o con desconocimiento de lo prohibido por ella; etc.

En consecuencia, habrá de denegarse el decreto de suspensión provisional solicitado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. Admítese la demanda promovida por los ciudadanos y abogados GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ R. y MARIA CAROLINA RODRIGUEZ RUIZ, en orden a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional, y téngase como demandada a la NACION — Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente esta providencia a la señora Procuradora Delegada para lo Contencioso ante esta Sección.

b) Notifíquese personalmente esta providencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

c) Depositen los demandantes, en la Secretaría de la Sección, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo), para gastos del proceso, dentro del término de cinco días siguientes a la ejecutoria de este proveído.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos previstos en el artículo 207-5 y el 208 del C. C. A.

2o. Niégase la suspensión provisional del acto administrativo acusado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Hacienda y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente, *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

EXTRANJEROS/DERECHO AL TRABAJO/DERECHOS CIVILES

La igualdad de los derechos civiles entre colombianos y extranjeros, se afinca, en la letra misma de la Constitución Nacional, concretamente en el artículo 11 del antiguo texto, retomado ahora por la Constitución de 1991 en forma íntegra, con un leve agregado en la parte final en cuanto a los derechos políticos

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.-

Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref. Expediente No. 1834. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: JULIO CESAR OLAYA PERDOMO.

Interpuesto por el apoderado judicial de Bogotá, Distrito Capital, llega a esta Corporación el recurso de apelación contra la sentencia del 18 de julio de 1991, mediante la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de algunos artículos del Decreto 966 del 4 de junio de 1979, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se modificaron normas sobre presentación de artistas de espectáculos nacionales o extranjeros en el Distrito Especial de Bogotá.

LA ACCION

Se solicita en la demanda, con invocación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que se declare la nulidad de los artículos 2o., 3o., incluyendo el parágrafo 5o., 6o., incluyendo el parágrafo; 7o., 9o. y 10, del Decreto 966 de junio 4 de 1979, dictado por el señor Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por ser violatorios de normas de superior jerarquía y por lo tanto ilegales e inconstitucionales al contrariar las normas de la Constitución Nacional que consagran para los extranjeros residentes en Colombia los mismos garantías y derechos civiles concedidos a los nacionales.

Son violados tales derechos, según el actor, al exigirse contraprestación en servicios o en dinero a los artistas extranjeros por las presentaciones que ellos hagan con ánimo de lucro.

El Decreto-Ley 2166 de 1985 reguló en su totalidad lo relativo a los contratos y presentaciones con artistas extranjeros, pero el Decreto acusado exige requisitos diferentes. El artículo 171 del Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía garantiza los mismos derechos tanto a artistas nacionales como extranjeros y la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, contempla la misma protección a que se refiere el artículo 35 de la Constitución Nacional sobre la propiedad literaria y artística.

Manifiesta el actor que al imponerse a los intérpretes la obligación de presentarse gratuitamente, se les está violando el derecho de exigir un pago por su actuación, consagrado en la Ley 23 de 1982.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal de la primera instancia, en fallo pronunciado el 18 de julio de 1991 (folios 151 y ss., cuaderno principal) declaró la nulidad solicitada, no sin antes hacer un detallado estudio sobre las clases de derogatoria para llegar a la conclusión de que los artículos 2o. y 3o. del Decreto demandado al igual que los artículos 5o, 6o. y 7o. de la misma disposición, fueron derogados, respectivamente por los artículos 4o. y 5o. del Decreto 115 de 1988 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá y por el artículo 24 del Decreto Ley 2166 de 1985. No obstante, el Tribunal decide pronunciarse en el fondo de conformidad con el criterio expuesto tanto por el mismo Tribunal como por el Consejo de Estado, en el sentido de que la derogatoria surte efectos hacia el futuro sin afectar lo ocurrido durante la vigencia del acto y sin restablecer el orden violado. Cita el Tribunal, en apoyo de su tesis y de su decisión, una sentencia de esta Corporación con ponencia del Magistrado Carlos Gustavo Arrieta Padilla, uno de cuyos apartes reza:

> "Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a (sic) *contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.
>
> "Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del 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 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".

Al hacer su pronunciamiento de fondo, el Tribunal expresa que "Como quiera que la normatividad aquí citada como infringida es la misma aducida en proceso en donde se declaró la nulidad del Decreto 974 de 1969, la Sala recoge los argumentos expuestos para acoger el pedimento de la demanda", citando seguidamente y transcribiendo, la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado el 3 de mayo de 1985, expediente No. 4487 con ponencia del Consejero Miguel Betancourth Rey y en la que es actor el mismo ciudadano que actúa como tal en el presente proceso.

Finalmente, se pronuncia la sentencia recurrida sobre el planteamiento de la Personería Distrital, en cuanto a la operancia de la purga de ilegalidad de los artículos acusados, con la expedición del Decreto Ley 2166 de 1985, desechándolo con el argumento de que "La expedición de ley posterior no convalida el acto acusado, puesto que no otorga competencia al Alcalde de Bogotá para imponer limitaciones a los derechos de que gozan los ciudadanos extranjeros".

LA APELACION

Al apelar el fallo del Tribunal Contencioso de Cundinamarca, el apoderado judicial del Distrito Capital comienza por insistir en la operancia de la purga de ilegalidad citando, para el efecto, el mismo texto transcrito por la sentencia recurrida, el cual extractado de una sentencia del Consejo de Estado del 2 de abril de 1982, con ponencia del Magistrado Jacobo Pérez Escobar (radicación número 787), define la figura así:

> "La purga de ilegalidad consiste, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 29 de mayo de 1933), en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez contencioso administrativo, por derogatoria, subrogación o por haber sido declarada inexequible o nula, pero también porque haya recibido sustento legal posterior a su expedición. Este fenómeno forma parte de uno más amplio, que es el de la convalidación de los actos administrativos, sobre el cual se pronunció la Sección Primera en sentencia del 15 de mayo de 1973 (Anales, Tomo LXXXIV, pág. 239, de la que fue ponente el Consejero Doctor Carlos Galindo Pinilla)".

Dice además el apelante que en la actualidad, la norma impugnada "no se está aplicando en el Distrito Especial de Bogotá (sic), al ser reemplazado en su totalidad su articulado tanto por normas de orden superior como distritales...". En relación con los artículos 2, 3, 6, 7, 9 y 10, manifiesta "que el Comité de Rifas, Juegos y Espectáculos a que alude el Decreto demandado hoy no funciona, ni tiene operancia alguna en la Administración Distrital al haberse trasladado los funcionarios

de dicho Comité mediante Decreto Distrital No. 0115 del 9 de marzo de 1988 a la Dirección de Rifas, Juegos y Espectáculos del Distrito Especial de Bogotá".

Aduce finalmente el recurrente que, además de ser palmaria la figura de la purga de ilegalidad, no se justifica el pronunciamiento del Tribunal pues "el procedimiento jurisdiccional por el proceso mismo no existe", concepto que dice extractar de la sentencia del 14 de febrero de 1969, con ponencia del doctor Gustavo Salazar Tapiero, lo que lo lleva a concluir que habiendo desaparecido el Decreto Distrital acusado del mundo jurídico, el fallo debe ser inhibitorio.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público, estima que "debe confirmarse el fallo apelado con base en los argumentos expuestos en las bien traídas providencias que lo fundamentan, sin que sea necesario redundar en más consideraciones".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, al fallar el proceso de la referencia, acogió las súplicas de la demanda y declaró la nulidad de varios artículos del Decreto Número 966 de 1979, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá. El decreto modificaba normas sobre presentación de artistas de espectáculos nacionales o extranjeros en el Distrito Especial de Bogotá.

El apoderado judicial del Distrito Especial, al oponerse a la prosperidad de las pretensiones, había manifestado que habiendo sido el Decreto demandado, subrogado por normas posteriores que determinaron su desaparición del mundo jurídico, el fallo debería ser inhibitorio.

La decisión del *a-quo* fue desfavorable a tal posición y falló en el fondo con fundamento esencialmente en dos sentencias del Consejo de Estado. La primera hace relación a la necesidad de que el juez administrativo se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, aunque éstos hayan sido derogados. La segunda, se refiere a un caso de características similares al *sub-iudice* en el que ésta superioridad estimó que el fallo de primera instancia debía ser confirmado por razones como la siguiente:

> "El artículo 11 de la Constitución Nacional, dice:
>
> "Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.
>
> "Gozarán así mismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las Leyes.

"Los derechos políticos se reservarán a los nacionales".

"Es decir, la Carta establece una norma general de igualdad de derechos civiles para colombianos y extranjeros; y prevé por vía de excepción, la posibilidad de que la ley, por razones de orden público, subordine a condiciones especiales o aun niegue el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

"Es evidente, entonces, que solo la ley podrá someter el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros a ciertas condiciones especiales; ninguna norma diferente, de inferior categoría (en el caso de un decreto del Alcalde Mayor de Bogotá), podría disponer validamente algo semejante". (Sentencia del 3 de mayo de 1985, expediente número 4487, actor: Julio César Olaya Perdomo. Consejero Ponente: Dr. Miguel Betancur Rey)".

Haciendo honor al principio de la economía procesal, el señor apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital, elaboró un *libelo* cuyo texto, sin cambio alguno de notoriedad, sirvió para contestar la demanda, para alegar en conclusión y para sustentar la apelación. Quiere ello decir, que las razones por él expuestas en esta segunda instancia, son las mismas que reiteradamente expuso en la primera, habiendo sido tenidas en cuenta, analizadas y controvertidas en el fallo de alzada y que por lo tanto, ninguna disconformidad de nuevo cuño manifiesta el recurrente respecto al fallo apelado, nada jurídicamente relievante que pueda hacer variar el criterio del fallador de la segunda instancia en relación con la primera sentencia, lo que conduce, en aras del mismo principio de la economía procesal, a confirmar lo dicho por el *a-quo*, más aún, cuando éste formalizó su decisión con fundamento en jurisprudencias de esta Corporación que gozan de vital actualidad.

En efecto, en forma reiterada el Consejo de Estado, y también el Tribunal de la primera instancia, según se manifiesta y prueba en la sentencia apelada, se han pronunciado en forma enfática en cuanto a que "basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o pueden haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado" (folio 165, cuaderno principal).

En cuanto al pronunciamiento de fondo, no se hará cosa diversa que confirmar lo dicho por el Juzgador de la primera instancia. En primer lugar, porque el recurrente en su memorial, que, como ya se advirtió, tiene la modalidad de clisé, no hace ningún ataque jurídico a tal decisión, insistiendo en su inicial posición de que el fallo debe ser inhibitorio; en segundo lugar, porque esta Sala, compartiendo el concepto de la representante el Ministerio Público, estima que la decisión está bien cimentada al recoger el Tribunal los argumentos tenidos en cuenta en la declaratoria de nulidad del Decreto 974 de 1969, según sentencia de esta Corporación del 3 de mayo de 1985 en proceso (radicado bajo el número 4487) promovido por Julio César Olaya Perdomo, igualmente actor en el *sub-lite*.

Ya se aludió en estas consideraciones al afincamiento que para hacer resaltar la igualdad de los derechos civiles entre colombianos y extranjeros, se hace, en la sentencia tomada como guía, en la letra misma de la Constitución Nacional, concretamente en el artículo 11 del antiguo texto, retomado ahora por la Constitución de 1991 en forma íntegra, con un leve agregado en la parte final en cuanto a los derechos políticos (Artículo 100, Constitución Nacional).

Pero es que la sentencia que ha venido inspirando el debate —la del 3 de mayo de 1985, folios 167 y ss.—, habla además del derecho al trabajo como derecho fundamental de la persona, consagrado en el artículo 17 de la antigua codificación y entronizado en el artículo 25 de la nueva Carta en los siguientes términos:

> "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".
>
> Al respecto, dice la sentencia precitada:
>
> "El decreto demandado también es violatorio del artículo 17 de la Constitución, por cuanto establece, sin fundamento legal para ello, la obligación para los extranjeros de realizar un trabajo gratuito. Y por la misma razón, contradice los artículos 30 y 35 de la Constitución que garantizan, con las restricciones que ellos mismos establecen, la propiedad privada y la propiedad literaria y artística".

Estos argumentos, que como ya se dijo, son retomados por la sentencia apelada, no fueron refutados por el apelante y, al verlos ajustados en un todo a la decisión por éste cuestionada, la Sala no ve razón alguna para que sea revocada.

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, contando además con el concepto favorable de la señora Agente del Ministerio Público,

FALLA:

SE CONFIRMA 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 6 de noviembre de 1992.

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

SUBSIDIO DE VIVIENDA/CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

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. 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. Tal como está redactado el artículo impugnado, el solo 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 estará desconociendo la finalidad específica de la ley en lo que respecta a dotar de vivienda a quienes están ubicados en esta primera prioridad.

DECRETA LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto 2918 de 1991, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref: Expediente No. 1985. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: RAIMUNDO EMILIANI ROMAN

Le corresponde a la Sala dictar el fallo de única instancia dentro del proceso instaurado por el actor de la referencia, en procura de la nulidad del artículo 1o. del Decreto 2918 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda, Desarrollo Económico, Agricultura y Trabajo, mediante el cual se modifica y adiciona el decreto 959 del 12 de abril de 1991.

El acto lo dicta el señor Presidente de la República "en uso de las facultades que le confiere el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 49 de 1990".

I. EL ACTO DEMANDADO

Como ya se anotó es el artículo 1o. del Decreto 2918 de 1991, proferido por el Presidente de la República y mediante el cual se sustituye el artículo 13 del Decreto No. 959 de 1991.

La disposición acusada, dice:

> "Artículo 1o. El artículo 13 del Decreto número 959 de 1991, quedará así:
>
> "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, se entenderá agotada y cumplida la primera prioridad establecida en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 para ese período.
>
> "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 para Subsidio Familiar de Vivienda, y el saldo, si lo hubiere, para la adjudicación de subsidios 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 —INURBE—".

II. HECHOS DE LA DEMANDA

En el capítulo correspondiente a los hechos de la demanda, el actor hace alusión a la Ley 49 de 1990, en cuyos artículos 67, 68 y 69 dispone el establecimiento del subsidio familiar de vivienda a cargo de las Cajas de Compensación Familiar; al Decreto 959 de 1991 por medio del cual se reglamenta parcialmente la precitada ley; y al mismo Decreto acusado.

III. NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo demandatorio se cita expresamente como norma violada, la contenida en el numeral 1o. del artículo 68 de la Ley 49 de 1990, y se dice además que "La norma acusada contiene una extralimitación de la facultad reglamentaria dada al Presidente de la República por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política y violación del artículo 150 numeral 1o. de la misma Carta, por cuanto la facultad legislativa corresponde al Congreso".

Si bien es cierto que para indicar la norma violada el actor transcribe íntegramente el artículo 1o. de la Ley 49 de 1990, él mismo aclara que para efectos de esta demanda, la parte neurálgica violada es la referente a la prioridad primera.

Dentro del concepto de la violación aduce el libelista que la Ley 49 de 1990, en su artículo 68 consagra en beneficio de los afiliados a las Cajas de Compensación Familiar un derecho de prioridad, que es extinguido por el Decreto Reglamentario, cuando establece un término precario y extintivo de seis meses, si no se adjudican entre los afiliados de la respectiva Caja la totalidad de sus recursos del Fondo de Subsidio Familiar de Vivienda; que la presunción de agotamiento y cumplimiento de la prioridad carece de fundamento y constituye un auténtico abuso de poder reglamentario que excede las facultades que le atribuye el numeral 11 del artículo 189, para ejercitar en cambio la facultad legislativa que el artículo 150 de la Carta solo reconoce al Congreso de la República y que la norma acusada no está reglamentando la prioridad dispuesta la Ley, sino extinguiendo el derecho dentro de un término adoptado arbitrariamente y desviándolo en beneficio de terceras personas.

IV. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Contestaron la demanda y se opusieron a sus pretensiones tanto el Ministerio de Agricultura como el de Desarrollo Económico. El primero, a través de apoderada manifiesta que de conformidad con el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 es al Gobierno Nacional a quien compete reglamentar lo concerniente a la financiación de la vivienda de interés social; que al existir en la precitada Ley tres prioridades enumeradas expresamente para otorgar el subsidio de vivienda por parte de las Cajas de Compensación Familiar, no quiere decir que la primera sea la única para gozar del subsidio y que se deban excluir las dos prioridades restantes; que en tal sentido el Gobierno a través del Decreto acusado lo que hizo fue reglamentar la posibilidad de que los afiliados a otras Cajas tuvieran acceso a ser beneficiarios del subsidio, y que al ser suspendida la norma impugnada se estaría violando el artículo 51 de la Constitución Política, según el cual "Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda".

Por su parte el apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico considera que en ningún momento hubo extralimitación de la potestad reglamentaria, pues mediante el Decreto acusado, el Gobierno en ningún momento desconoce el derecho de la primera prioridad señalado en la Ley, pues a partir del día siguiente al corte semestral nuevamente comienza a operar la primera prioridad.

Se considera asimismo que el término de los seis meses obedece a razones prácticas para darle operancia a todas las prioridades, pues es ilógico desde el punto de vista jurídico aceptar prioridades sin término ya que de ser ello así, jamás podría pensarse en la segunda o tercera de ellas. Basado en jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, estima el Ministerio que el

Decreto reglamentario persigue la efectiva aplicación de la Ley, darle vida práctica y buscar el cumplimiento de su finalidad.

En los alegatos de conclusión tanto el actor como los apoderados de la parte demandada reiteran lo manifestado en la demanda, el primero, y en la contestación de ella, los segundos.

La Procuradora delegada ante el Consejo de Estado no emitió concepto de fondo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Ley 49 de 1990 mediante su artículo 68 establece una primera prioridad en favor de los afiliados a la propia Caja de Compensación familiar, cuyos ingresos familiares sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales, para recibir el subsidio de vivienda otorgado por dichas entidades.

Dice así en lo pertinente la norma:

> "El subsidio de vivienda otorgado por las Cajas de Compensación Familiar, será otorgado conforme a las siguientes prioridades:
>
> "1a. A los afiliados a la propia Caja de Compensación, cuyos ingresos sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales;
>
> "2a. A los afiliados a otras cajas de Compensación Familiar, cuyos ingresos sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales;
>
> "3a. A los no afiliados a las Cajas de Compensación Familiar, con ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales".

A su turno, el artículo 1o. del Decreto 2918 de 1991, acto acusado en la demanda, dispone que "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, se entenderá agotada y cumplida la primera prioridad establecida en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 para ese período". En este caso, según la misma norma, el valor de los recursos no adjudicados se aplicará en primer lugar al otorgamiento de subsidios para hogares de afiliados de Cajas que no tengan constituido Fondo de Vivienda, y el saldo, si lo hubiere, para la adjudicación de subsidios a hogares no afiliados a Cajas de Compensación, según el orden de postulaciones calificadas por el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana —INURBE—.

Esta misma Sala al decretar la suspensión provisional de los efectos de la norma acusada, en auto del 19 de mayo del año en curso, expresó:

> "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 reglamentaria, circunstancia ésta que puede llegar a significar la extinción de dicha prioridad, por lo menos para el tiempo subsiguiente el mes correspondiente.

"Conforme lo ha expresado la jurisprudencia, la potestad reglamentaria no puede ejercerse por fuera del contenido material de la ley, ni en desarrollo de ella puede el Gobierno ir más allá de lo consagrado en la norma reglamentada, ni restringir la cobertura y el alcance señalado en la disposición que dice reglamentar".

Y, en auto del 24 de julio del año que cursa, mediante el cual se confirmó la suspensión provisional, sostuvo esta Sala:

"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 solo 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".

Las apreciaciones anteriores, al parecer de la Sala continúan vigentes; no ha surgido nada nuevo dentro del expediente que derogue o modifique el criterio expuesto. En consecuencia, si fueron el fundamento de la medida cautelar, con mayor razón pueden ser el sustento de la nulidad solicitada.

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

FALLA:

Primero. DECRETASE la nulidad del artículo 1o. del Decreto No. 2918 del 31 de diciembre de 1991, expedido por el Presidente de la República.

Segundo. DEVUELVASE al actor del depósito judicial constituido para gastos ordinarios el proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada al día 6 de noviembre de 1992.

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

POTESTAD REGLAMENTARIA/JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES

La capacidad reglamentaria del Gobierno no se agota porque las normas contenidas en un decreto reglamentario hayan sido derogadas, sino que ella subsiste en la medida en que la ley a reglamentar conserve su vigencia. Para efectos de ejercer la potestad reglamentaria, equivale lo mismo al hecho de que no se hayan expedido normas que pretendan contemplar una ley haciéndola más expedita a su aplicación, al hecho de que las normas reglamentarias hayan dejado de existir, lógicamente sin perder de vista que so pretexto de reglamentar no se puede rebasar el contenido de la ley. En suma, para establecer si hubo o no desbordamiento de la potestad reglamentaria, la confrontación sólo puede hacerse frente a la ley a reglamentar y no en relación con los reglamentos que se hayan expedido en ejercicio de dicha potestad, pues éstos bien pueden ser derogados o subrogados por el Gobierno si con ello se busca perfeccionar el cumplimiento y ejecución de la ley, que es, en esencia, el objeto sobre el cual recae el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.-

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

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref: Expediente número 1643. Acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario 1821 de 6 de Agosto de 1990 del Gobierno Nacional. Actor: LUIS EDUARDO AVILA GOMEZ

El ciudadano y abogado Luis Eduardo Avila Gómez, obrando en su propio nombre, ha ocurrido ante esta Jurisdicción en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A., para que mediante sentencia se declare la 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", expedido por el Gobierno Nacional.

I. EL ACTO ACUSADO

Tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 1o. El Decreto 33 de 1984, artículo 12, quedará así:

Los formularios para el juego de apuestas permanentes que sean emitidos por las entidades concedentes se clasificarán de acuerdo con la siguiente tabla de nominaciones y valores máximos apostables por ejemplar:

Nominación	Valor máximo apostable
1. Color amarillo	$100.oo
2. Color verde	$110.oo
3. Color rosado	$150.oo
4. Color azul	$500.oo

Las apuestas entre un peso ($1.00) y cien pesos ($100.00) moneda corriente, pagarán una regalía de seis pesos ($6.00) por ejemplar.

Las apuestas permanentes entre ciento un pesos ($101.00) y ciento diez pesos ($110.00) moneda corriente, pagarán una regalía de seis pesos con sesenta centavos ($6.60) por ejemplar.

Las apuestas entre ciento once pesos ($111.00) y ciento cincuenta pesos ($150.00) moneda corriente, pagarán una regalía de nueve pesos ($9.00) por ejemplar.

Las apuestas entre ciento cincuenta y un pesos ($151.00) y quinientos pesos ($500.00) moneda corriente, pagarán una regalía de treinta pesos ($30.00) por ejemplar.

La regalía de estos formularios no se cargará a los apostadores y representa el impuesto o regalía correspondiente; será de cargo total y exclusivamente de los concesionarios.

Parágrafo. Las entidades concedentes podrán autorizar la utilización de uno o varios de los formularios de apuestas permanentes dentro de su respectiva jurisdicción territorial.

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.

Artículo 3o. El Decreto 33 de 1984 artículo 25, quedará así:

Si una apuesta se cruza por cuantía más alta que el valor máximo apostable que se haya fijado para la clase a que corresponde el formulario utilizado, tal apuesta se tendrá como no válida y en consecuencia no participará en el juego. El valor de la apuesta deberá ser consignado por el concesionario en la tesorería de la entidad concedente, dentro de los dos (2) días siguientes al respectivo control.

Artículo 4o. 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.

Artículo 5o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el Decreto 33 de 1984 en sus artículos 12, 13 y 25 y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias".

II. CAUSA PETENDI

II.1 Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 2o, 20, 120 numeral 3o, de la Constitución Nacional; 71 del Código Civil; los Decreto 1988 de 20 de Octubre y 2527 de 31 de Diciembre de 1987.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

Por sustracción de materia, lo inexistente no se puede modificar ni transformar y el Decreto 33 de 1984 en sus artículos 12, 13 y 25 no existe por derogatoria expresa hecha por los Decretos 1988, en su artículo 21, y 2527 del mismo año (el artículo 12 del Decreto 33 en mención, fue declarado nulo mediante sentencia de 7 de Marzo de 1988, expediente 15).

Su vigencia, respecto de los artículos mencionados, se agotó con la expedición del Decreto 1988 de 1987 y sufrió modificaciones con la expedición del Decreto 2527 del mismo año.

Los Decretos 1988 y 2527 en referencia, fueron demandados en acción de nulidad ante la Sección Primera del Consejo de Estado y radicados bajo los números 1552 y 896.

En el expediente 896, el auto proferido el 28 de septiembre de 1990, mediante el cual se revoca la suspensión provisional de los Decretos 1988 y 2527, confirma la inexistencia del Decreto 33 de 1984, por lo menos respecto de sus artículos 12, 13 y 25, además que, como ya se dijo antes, el 12 fue anulado mediante sentencia de 7 de marzo de 1988, expediente número 15.

El Decreto acusado al pretender modificar normas inexistentes lesiona los principios de existencia, vigencia, derogatoria, ubicación en el tiempo y ámbito de validez de la ley; y riñe abiertamente con el artículo 71 del Código Civil, norma de mayor jerarquía a la cual debe acatar, ceñirse y respetar.

Hay desbordamiento por el Ejecutivo de la potestad reglamentaria. Se cayó en el abismo de la injuridicidad y en el terreno peligroso de la falsa motivación al pretenderse reglamentar y modificar lo inexistente.

Dispone el artículo 2o. de la Constitución Nacional que la soberanía radica en la Nación y de donde emanan los poderes públicos que se ejercen como la Constitución y la ley lo señalan; pues bien, el marco jurídico en que se desarrolla la facultad reglamentaria no puede ser suficiente para revivir normas que han dejado de existir y de producir efectos por derogatoria. Por lo tanto, la simple mención por el señor Presidente de los artículos 12, 13 y 25 del Decreto 33 citado, no habilitan su existencia y vigencia.

La propia Ley 57 de 1887 en su artículo 12 es sabia cuando advierte la prevalencia de la norma constitucional sobre las demás y que en caso de oposición entre la norma de menor entidad con la Carta Fundamental la preferencia será de ésta.

El poder ejecutivo es un poder reglado. El artículo 20 de la Constitución Nacional impone deberes y obligaciones a funcionarios públicos y a particulares. El Presidente de la República como cabeza principal de la administración cumple función pública, que tiene en la facultad reglamentaria importante manifestación.

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 suspensión provisional solicitada por el actor fue denegada mediante auto de 29 de Agosto de 1991, con fundamento, principalmente en que de la simple lectura de la disposición invocada como violada, el artículo 71 del C.C., con el Decreto acusada no se advierte la violación manifiesta de aquella.

A pesar que el libelo fue debidamente notificado a la parte demandada: la Nación, representada por los Ministerios de Salud Pública y Hacienda y Crédito Público, éstos no se hicieron parte en el proceso, no contestaron la demanda, y, en consecuencia, no se opusieron a las pretensiones del actor.

III.1. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, luego de efectuar una relación de las providencias proferidas por la Corporación como consecuencia de las diversas demandas incoadas contra el acto acusado, concluye que el argumento del demandante, de fácil verificación, es absolutamente cierto dado que el artículo 21 del Decreto 1988 de 1987 deroga expresamente los artículos 12, 13 y 25 del Decreto 33 de 1984 que el acto acusado pretende modificar.

Considera procedente, entonces la anulación de los artículos 2 y 3 del Decreto enjuiciado que dice modificar los derogados artículos 13 y 25 del Decreto 33 de 1984, como también la del artículo 4o. por las razones expresadas en el auto de 31 de julio de 1991, expediente 2085.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los argumentos que el recurrente plantea en torno al Decreto 1821 de 1990, se pueden sintetizar en el hecho de que por sustracción de materia, no puede el Presidente de la República reglamentar lo inexistente dado que los artículos 12, 13 y 25 del Decreto Reglamentario 33 de 1984, que pretende modificar a través del acto acusado, fueron expresamente derogados por el artículo 21 del Decreto Reglamentario No. 1988 de 1987 y Decreto 2527 del mismo año, lo que hace que haya habido desbordamiento en la potestad reglamentaria y falsa motivación, por quebranto de los artículos 2o., 20 y 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional de 1886, 71 del C.C. y Decretos 1988 y 2527 de 1987.

Para responder los razonamientos del actor, es menester hacer las siguientes precisiones:

1o. La Ley 1a. de 1982 tuvo por finalidad autorizar el juego de apuestas permanentes para crear nuevas fuentes de financiación con destino a los Servicios Seccionales de Salud.

2o. El Decreto Legislativo 386 de 1983, dictado con base en las facultades del artículo 122 de la Constitución Nacional de 1886, complementó la Ley 1a. de 1982 y al efecto reguló el juego de apuestas permanentes.

3o. Con posterioridad a la expedición de la normatividad citada, se han venido dictando Decretos Reglamentarios como el 33 de 1984, 1736 de 1986, 1988 de 1987, 2527 de 1987 y 1821 de 1990, todos ellos tendientes a facilitar la ejecución y cumplimiento de las leyes que regulan el citado juego.

Ello significa que no obstante ser cierto que los artículos 12, 13 y 25 del Decreto 33 de 1984 fueron derogados expresamente por el artículo 21 del Decreto 1988 de 1987, el Presidente de la República puede sustituír tal reglamentación utilizando para el efecto del mecanismo consagrado en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, hoy artículo 189 ordinal 11, pues, de una parte, la capacidad reglamentaria del Gobierno no se agota porque las normas contenidas en un Decreto Reglamentario hayan sido derogadas, sino que ella subsiste en la medida en que la ley a reglamentar conserve su vigencia. Y de otra parte, las modificaciones que pretende hacer el Presidente de la República a través del Decreto acusado, si bien es cierto no pueden recaer sobre los artículos 12, 13 y 25 del citado Decreto 33 de 1984, por haber sido derogados, no lo es menos que el contenido de dichas disposiciones conserva su esencia en las normas del Decreto 1988 de 1987 y por lo mismo también el Presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria, puede sustituir tal reglamentación a través de la modificación de las mismas.

En otro giro, para efectos de ejercer la potestad reglamentaria, equivale lo mismo el hecho de que no se hayan expedido normas que pretendan contemplar una ley haciéndola más expedita en su aplicación, al hecho de que las normas reglamentarias hayan dejado de existir, lógicamente sin perder de vista que so pretexto de reglamentar no se puede rebasar el contenido de la ley, ni buscar sustituirla dándole un alcance que el legislador no previó.

En suma, para establecer si hubo o no desbordamiento de la potestad reglamentaria, la confrontación sólo puede hacerse frente a la ley a reglamentar y no en relación con los reglamentos que se hayan expedido en ejercicio de dicha potestad, pues estos bien pueden ser derogados o subrogados por el Gobierno si con ello se busca perfeccionar el cumplimiento y ejecución de la ley, que es, en esencia, el objeto sobre el cual recae el ejercicio de la potestad reglamentaria.

De lo anterior fluye con claridad que respecto al acto acusado habrán de denegarse las súplicas de la demanda en lo que atañe a los artículos 2o. y 3o., que dicen modificar los artículo 13 y 25 del Decreto Reglamentario 33 de 1984, habida cuenta que en los cargos que aduce el actor no aparece indicado ni desarrollado el alcance de la violación frente a la ley, requisito *sine qua non* para poder establecer si hubo o no desbordamiento en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que en este caso lo serían la Ley 1a. de 1982 y el Decreto Legislativo 386 de 1983.

De otra parte, y en lo que guarda relación con el artículo 1o., que dice modificar el artículo 12 del Decreto 33 de 1984, se advierte que la Sala en providencia de 4 de Mayo de 1992, expediente No. 1552, Consejero: Yesid Rojas Serrano, declaró su nulidad, lo que implica que haya desaparecido de la vida jurídica y por ello se abstenga de un pronunciamiento de fondo respecto a la disposición en cita, por sustracción de materia.

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 inhibe esta Corporación de proferir pronunciamiento de fondo en relación con el artículo 1o. del Decreto 1821 de 1990, que modifica el artículo 12 del Decreto 33 de 1984, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2o. Se deniegan las demás súplicas de la demanda,

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día seis (6) de Noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente, *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO/ACTO DE CERTIFICACION/CONTROL JURISDICCIONAL/TRATADO INTERNACIONAL - Vigencia

El acto enjuiciado es un verdadero acto administrativo toda vez que se trata de una expresión o manifestación de voluntad en ejercicio de la función administrativa, contentiva del reconocimiento expresado por la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, de que el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán de 1892 "no está vigente pues terminó como consecuencia de la declaración de beligerancia" entre los países aludidos. A través de tal certificación se afirmó el hecho de la falta de vigencia y la terminación del mencionado Tratado como resultado de la declaración de beligerancia entre los países que lo suscribieron. Los actos de certificación son enjuiciables ante esta jurisdicción, aserto que es predicable aún de los conceptos que la administración quiera aplicar de manera general, excluyéndose de tal control solo las meras opiniones. DECLARA LA NULIDAD de la certificación contenida en la nota SJ/ST de 10 de septiembre de 1991, expedida por la Subsecretaría Jurídica (encargada) del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuanto en su último inciso declaró no vigente y terminado el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán el 23 de julio de 1892.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.-

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

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente número 1843. Acción de nulidad contra la Nota SJ/ST de 10 de septiembre de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Actor: GERMAN CAVELIER.

El ciudadano y abogado Germán Cavelier, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocu-

rrido ante esta Corporación para que mediante sentencia se declare la nulidad de la Nota SJ/ST 20957 de 10 de septiembre de 1991, emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores.

I. El acto acusado.

Es del siguiente tenor literal:

"REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

LA SUSCRITA ASESORA 1020-01 DE LA SECCION DE PERSONAL DE LA SUBSECRETARIA DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS ENCARGADA DE LAS FUNCIONES DEL DESPACHO DE LA SUBSECRETARIA JURIDICA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

HACE CONSTAR:

Que el TRATADO PARA EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE SUECIA Y COLOMBIA, suscrito en Londres el 9 de marzo de 1928, aprobado por la Ley 58 de 1928, cuyo canje de ratificaciones se efectuó en Londres el 10 de Enero de 1929, se encuentra vigente.

Que el TRATADO DE COMERCIO Y NAVEGACION ENTRE COLOMBIA DINAMARCA, suscrito en Londres el 21 de junio de 1929, aprobado por la Ley 53 de 1930, cuyo canje de ratificaciones se efectuó en Londres el 22 de octubre de 1931, se encuentra vigente.

Que el TRATADO DE AMISTAD, COMERCIO Y NAVEGACION, suscrito entre Colombia y el Reich Alemán el 23 de julio de 1892, no está vigente pues terminó como consecuencia de la declaración de Beligerancia entre Colombia y el III Reich el 23 de noviembre de 1943.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

CLARA INES VARGAS DE LOSADA

Subsecretaría Jurídica".

II. CAUSA PETENDI

II.1. Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 121, 165 y 189 numerales 2o. y 6o. de la Constitución Nacional.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

Se violó el artículo 121 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 189 numeral 2o. por cuanto se ejerció el poder público en términos distin-

tos de los establecidos por la Constitución. En efecto, la Constitución Nacional dispone que sea el Presidente quien dirija las relaciones exteriores, no la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores. Si ésta hace una declaración que afecta tales relaciones, creándolas, modificándolas, o terminándolas, como la que pretende el acto acusado, no ejerce la competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores en la forma que la Constitución establece.

Se violó por la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores el numeral 2o. del artículo 189 de la Constitución Nacional por cuanto se atribuyó la facultad presidencial de dirigir las relaciones exteriores en cuanto certificó que el Tratado Colombo-Alemán de 1892 "no está vigente". Tal estipulación es un acto de relaciones exteriores por cuanto pretende extinguir una obligación preexistente de Colombia de cumplir y ejecutar las disposiciones de dicho Tratado; si se certifica que el Tratado de 1892 no está vigente, se están modificando las obligaciones internacionales de Colombia, cosa que sólo el Presidente puede hacer, no la señora Subsecretaria Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Tampoco puede el propio señor Ministro de Relaciones Exteriores hacer tal declaración, por las mismas razones.

Se violó el numeral 2 del artículo 189 de la Constitución Nacional al certificarse que el Tratado de 1892 perdió su vigencia de manera diferente a la estipulada en dicho Tratado en el inciso 2o. del artículo 26.

El acto acusado viola el artículo 165 de la Constitución Nacional por cuanto la señora Subsecretaria Jurídica no puede ejercer el poder público para quitar la vigencia al Tratado de 1892, pues tal acto no ha sido confirmado por el Presidente, ni sometido a control político del Congreso, ni sancionado y promulgado en la forma prevenida en el artículo 165 de la Constitución para todas las leyes, incluidas las aprobatorias de los tratados públicos.

El acto acusado priva de vigencia a un Tratado celebrado entre Colombia y Alemania, aprobado por el Congreso de Colombia, ratificado por el Presidente, y cuyas ratificaciones fueron canjeadas en debida forma para darle vida jurídica internacional y entrar en el ámbito del Derecho Internacional, del cual el acto acusado pretende desprenderlo usurpando funciones y violando competencias constitucionales y el propio Tratado.

El acto acusado reposa sobre una falsa motivación porque dice que el Tratado no está vigente por haber terminado a consecuencia de la declaración de Beligerancia entre Colombia y Alemania el 23 de noviembre de 1943.

Bajo la Constitución de 1886 —artículo 120 numeral 9o. correspondía al Presidente de la República, como le corresponde hoy bajo la nueva Constitución —artículo 189 numeral 6o.—, en idénticos términos, "...declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera;..."

De acuerdo con la sentencia de 22 de Julio de 1991, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Miguel González Rodri-

guez, expediente número 1144, sólo en el Presidente está radicada la competencia para declarar la guerra y que esa competencia, en manera alguna correspondía o corresponde actualmente al Gobierno o al señor Ministro de Relaciones Exteriores.

La declaración hecha por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, el 26 de noviembre de 1943, ante el Senado de la República en el sentido de "...El Gobierno alemán ha ejecutado contra la Nación colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en una situación de beligerancia respecto de la República de Colombia. No nos cabe responsabilidad alguna en esa situación, pero no podemos dejar de reconocerla, así como no podemos sustraernos a sus efectos y consecuencia...", no es una declaración de guerra, ni es una declaración de hacer la guerra que provenga, igualmente, del Presidente, ya que ni el Gobierno ni el Ministro son el Presidente.

El 26 de Noviembre del mismo año, el Senado de la República aprobó una proposición la cual, junto con la declaración anterior, se encuentra publicada en la página LXXIV de la Memoria del Ministro de Relaciones Exteriores presentada al Congreso Nacional de 1944, por el entonces señor Ministro de Relaciones Exteriores señor Carlos Lozano.

De la lectura de tal memoria se deduce que el Presidente, cuyas funciones desempeñaba entonces el Designado don Darío Echandía, no declaró la guerra a Alemania ni pidió el permiso previo del Senado que estaba entonces en período de sesiones, ni hizo la guerra en ese momento en que urgía repeler una agresión extranjera y que la declaratoria de "beligerancia" la hizo el señor Ministro de Relaciones Exteriores a nombre del Gobierno Nacional, sin competencia para ello ya que ni era el Presidente ni fungía como tal, ni el Gobierno era competente para declarar la guerra ni para hacerla.

La no declaración de guerra está confirmada por la circular del señor Presidente Encargado don Darío Echandía y su Ministro de Gobierno Alberto Lleras Camargo, dirigida a los Gobernadores sobre estado de beligerancia con Alemania, publicada en el Diario Oficial número 25408 de 29 de noviembre de 1943.

El Gobierno colombiano no podía declarar la guerra ni la beligerancia, ni tampoco podía hacerlo el propio Ministro de Relaciones Exteriores, pues sólo el Presidente podía y puede declarar la guerra con permiso del Senado, según la Constitución de 1886 y la de 1991.

Tampoco se podía declarar la beligerancia ni la guerra por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, ni aún con la aquiescencia del Congreso de la República, pues no fue éste el que aprobó *a posteriori* la declaración del Ejecutivo sino inicialmente el Senado de la República y posteriormente la cámara de Representantes, sin haberse reunido en Congreso las dos cámaras y tal aquiescencia no es el previo permiso del Senado que exigía y exige la Constitución.

Por tanto, no hubo *casus belli* o guerra declarada que hubiere podido poner término al dicho Tratado de 1892 con Alemania.

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.

La parte demandada: la Nación —Ministerio de Relaciones Exteriores— se hizo parte en el proceso y, a través de apoderada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora. Así mismo, en escrito separado, propuso la excepción de falta de competencia.

Como fundamento de su defensa arguye lo siguiente:

No existe violación del artículo 121, ni del 189 numeral 2o. de la Constitución Nacional por cuanto con el acto acusado no se crea, modifica o termina el Tratado de Amistad Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán el 23 de Julio de 1892. La certificación expedida obedeció a la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado el 22 de Julio de 1991, Consejero ponente: doctor Miguel González Rodríguez, expediente 1144 —Actor: Germán Cavelier.

No se da la violación del numeral 2o. del artículo 189 pues la Subsecretaría Jurídica no se atribuyó ninguna facultad presidencial puesto que como quedó establecido en la sentencia del Consejo de Estado de 11 de Marzo de 1988, expediente 41: "Es preciso tener en cuenta que una norma de derecho, llámese Constitución, Ley, reglamento, Tratado, etc. no rige o deja de regir porque así lo consigne la comunicación de un funcionario, cualquiera sea su jerarquía, sino en virtud de que se presenten las circunstancias y previsiones legales en virtud de las cuales puede hablarse de "vigencia" o "ausencia de ella".

No se da la violación de los artículos 189 numeral 2o. ni 165 de la Constitución Nacional pues con la mencionada certificación no se puso fin al mencionado Tratado.

No es cierto que el acto acusado prive de vigencia al Tratado celebrado entre Colombia y Alemania ya que al momento de la expedición de aquél el Tratado ya no estaba vigente.

En cuanto a que el acto demandado reposa sobre una falsa motivación, de acuerdo con el doctor Libardo Rodríguez en su obra de Derecho Administrativo, la falsa motivación comprende dos posibilidades: en primer lugar, cuando la ley exige unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expide el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos; y en segundo lugar, cuando los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material o desde el punto de vista jurídico.

El hecho material que dio origen a la certificación fue la sentencia del Consejo de Estado de 22 de julio de 1991 citada, donde se reconoció la no vigencia del Tratado en comento como consecuencia de la declaración de beligerancia con Alemania el 26 de Noviembre de 1943.

Se debe hacer claridad que en la declaración que se transcribe en la demanda se hace referencia al reconocimiento del estado de beligerancia de Alemania contra Colombia y no a una declaración de guerra de Colombia contra Alemania como lo pretende el actor y, por la misma razón, no es cierto que el Ministro de Relaciones Exteriores de la época no hizo ninguna declaración de beligerancia.

Si bien es cierto, la Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia ya mencionada declaró nula la Nota que confirmó que el Tratado Internacional había perdido eficacia años atrás, también lo es que no objetó los hechos históricos que originaron la caducidad y que dejaron inexistente el Tratado desde 1943.

Como fundamento de la excepción de falta de competencia, aduce:

El hecho acusado no es un acto administrativo de aquellos que están sujetos a control jurisdiccional, pues no crea ni modifica situaciones jurídicas. El mismo obedeció a una petición del actor de 13 de Agosto de 1991, en el sentido de que se le certificara sobre la vigencia del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y Alemania el 23 de julio de 1892.

Dicha certificación se enmarca dentro de los parámetros del artículo 25 del C.C.A., pues se expidió para responder a consulta formulada por el doctor Cavelier y el mismo Código prescribe que: "...Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden...".

En la sentencia tantas veces mencionada el Consejo de Estado se pronunció en el sentido de señalar que si bien es cierto un acto se puede calificar como administrativo desde el punto de vista orgánico o formal por haber sido expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, también lo es que se debe tener en cuenta su contenido y en "atención del contenido mismo es absolutamente claro que su expedición no estuvo destinada ni logró producir efecto jurídico alguno sino que simplemente en ella se manifestó el parecer de un funcionario público respecto a un tópico particular, sin que dicha manifestación incida ni modifique para nada el tema al cual se refería".

En la etapa procesal para alegar de conclusión ambas partes hicieron uso de tal derecho dentro del término concedido para ello, reiterando en últimas los argumentos esgrimidos tanto en la demanda como en la contestación de la misma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala, en primer lugar, pronunciarse sobre la expedición de falta de competencia propuesta por la apoderada de la parte demandada, la cual se hace consistir en el hecho de que el acto acusado no es un acto administrativo de aquellos sujetos a control jurisdiccional, pues no crea ni modifica situaciones jurídicas dado que obedeció a una petición del actor para que se certificara sobre la vigencia del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y Alemania el 23 de Julio de 1892, por cuya razón se enmarca dentro de los parámetros del artículo 25 del C.C.A.

Estima la Sala que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad, con fundamento en las siguientes razones:

El acto enjuiciado es un verdadero acto administrativo toda vez que se trata de una expresión o manifestación de voluntad en ejercicio de la función administrativa, contentiva del reconocimiento expreso hecho por la Subsecretaria Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, de que el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán en 1892 "...no está vigente pues terminó como consecuencia de la declaración de Beligerancia..." entre los países antes aludidos.

A través de tal Certificación la mencionada funcionaria afirmó el hecho de la falta de vigencia y la terminación del mencionado Tratado como resultado de la declaración de beligerancia entre los países que lo suscribieron.

Respecto de los actos de certificación, como el que ocupa la atención de la Sala, la Corporación tiene sentado que los mismos son enjuiciables ante esta Jurisdicción, aserto que es predicable aún de los conceptos que la Administración quiera aplicar de manera general, excluyéndose de tal control sólo las meras opiniones.

No puede perderse de vista, además, que la enjuiciabilidad de actos como el *sub-judice* está expresamente considerada por el inciso 3o. del artículo 84 del C.C.A. que consagra la acción pública, cuando reza: "...También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de **certificación** y registro" (subrayadas de la Sala).

EL CASO SUB-JUDICE

Para mayor comprensión del acto acusado es preciso acudir a su origen.

El 23 de julio de 1892 se celebró un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre el Imperio Alemán y la República de Colombia, aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 37 de 19 de Octubre de 1892, canjeadas las ratificaciones en Bogotá, el 12 de Abril de 1894, el cual entró en vigor, conforme se estipuló en su artículo 26, el 12 de julio de 1894, es decir, tres meses después del día del canje de ratificaciones.

A raíz de la segunda guerra mundial y debido a la participación de Colombia en las distintas reuniones de Cancilleres, como las celebradas en La Habana (Cuba) y Río de Janeiro (Brasil), en las que se adoptó la decisión de romper relaciones con los países del Eje, así como al adherirse a la declaración de las Naciones Unidas de 1o. de Septiembre de 1942, en la cual los Estados signatarios se comprometieron a usar todos los recursos militares y económicos contra dichos países, fue manifestada la duda sobre la vigencia del Tratado tal y como se infiere de las Notas números 091/79 (folio 47), 479/78 (folio 48), 217/78 (folio 49), 105/78 (folio 50) enviadas por la Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia al Ministro de Relaciones Exteriores.

Mediante la Nota número 00747 de 29 de Marzo de 1979 (folio 51), y en respuesta a la Nota número 091/79 de 7 de Marzo de 1979 del Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Federal de Alemania, el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia acordó considerar el citado Tratado como caducado.

Observa la Sala que esta Sección, en sentencia de 22 de Julio de 1991, recaída en el proceso número 1144 —Actor: Germán Cavelier y con ponencia del Consejero, doctor Miguel González Rodríguez, en el que se invocó, entre otras normas, la violación de los artículos 76, 85 y 120 numeral 20 de la Constitución de 1886, que corresponden, en su orden, al 150, 165 y 189 numeral 2o. de la nueva Carta, mismas normas señaladas como infringidas en el caso que ocupa la atención de la Sala y en que se esgrimieron similares argumentos para fundamentar los cargos de violación, al estudiar la legalidad de la Nota número 747 de 29 de Marzo de 1979, declaró su nulidad, al considerar, entre otros aspectos, lo siguiente:

> "...Empero, si bien es cierto, como se ha visto, que ni mediante la Nota de la Cancillería colombiana, demandada en este proceso, se celebró por dicho funcionario, en representación del gobierno nacional, un tratado internacional con representante de la República Federal de Alemania, ni se puso término a uno **existente y vigente,** si se tiene en cuenta que simplemente se reconoció el hecho de la caducidad del Tratado de 1892 celebrado entre la República y el entonces imperio alemán, no es menos cierto que ese reconocimiento no podía provenir del señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, así este funcionario tenga la competencia para negociar tratados y convenios que obligan a la República y vigilar su ejecución, y en la época de elaboración y envío de la nota demandada el señor Embajador de la República Federal de Alemania en Bogotá, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1o. del decreto-ley 2017 de 1968, después declarado inexequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia, tuviera también, en contradicción u oposición al ordenamiento constitucional entonces vigente, la de "celebrar" esos tratados y convenios.
>
> En efecto, para la Sala es claro que si sólo en el Presidente de la República está radicada la competencia constitucional para celebrar tratados y poner término a los mismos mediante los instrumentos regulares previstos en la Constitución, en las normas positivas de derecho internacional y en los propios Tratados que se pretende extinguir, igualmente estará radicada en ese funcionario la competencia para reconocer la caducidad, extinción o pérdida de vigencia de cualquier Tratado celebrado entre Colombia y otros u otros países. Esa competencia, en manera alguna, correspondía, ni corresponde actualmente (art. 189-2 de la C.P. de 1991), al señor Ministro de Relaciones Exteriores, sin que tenga fundamento constitucional el argumento de que, en la época en que se produjo el acto administrativo acusado, regía una disposición legal que se la concedía expresamente, que sólo vino a desaparecer para el futuro en razón de su declaratoria de inexequebilidad, pues a todo funcionario público le estaba, y está, impuesta

la obligación de aplicar de manera preferencial, en todo caso sometido a su consideración, la norma constitucional, desechando la de la norma legal o de otra categoría inferior que sea incompatible con cualquiera del ordenamiento constitucional, principio reiterado hoy en el art. 4o. de la actual Constitución Política del país...". (subrayas del texto).

Las consideraciones precedentes son de perfecta aplicación al evento *sub-examine* dado que la declaratoria de no vigencia y terminación del Tratado en referencia provino de la Subsecretaría Jurídica (encargada) del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien se arrogó funciones privativas del Presidente de la República, según los mandatos constitucionales antes enunciados.

Deben pues declararse la nulidad de la Nota demandada en cuanto en su último inciso declaró no vigente y terminado el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán el 23 de julio de 1892.

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 la certificación contenida en la Nota SJ/ST de 10 de Septiembre de 1991, expedida por la Subsecretaría Jurídica (encargada) del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuanto en su último inciso declaró no vigente y terminado el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre Colombia y el Reich Alemán el 23 de julio de 1892.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 6 de noviembre de 1992.

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

NOTA DE RELATORIA: El fallo, además, reitera 1144, Actor: GERMAN CAVELIER, Ponente: Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, sobre la competencia del Presidente de la República en materia de Tratados Internacionales, que aparece publicado en el Tomo XIII de septiembre de 1991, primera parte, pp. 251 y ss.

MINISTERIO DE AGRICULTURA-Facultades/**GANADERIA/LIBRO DE GENEALOGIAS/DELEGACION DE FUNCIONES**-Improcedencia/ **ASOCIACION DE CRIADORES DE RAZAS PURAS/LIBERTAD DE ASOCIACION**

En tanto el artículo 13 de la Ley 24 de 1926 radicó en cabeza del Gobierno —en el Ministerio de Industrias, reemplazado por el de Agricultura— la función de abrir y llevar un libro de genealogías "donde deberán registrarse los ejemplares de raza pura de cualquier clase de ganado, producidos en el país o importados", la norma acusada, por su parte, autorizó a las Asociaciones de Criadores de Razas Puras con personería jurídica reconocida y en cuya Junta Directiva tenga un representante el Ministerio de Agricultura para cumplir dicha función. La libertad de asociación resulta contradicha por el artículo 6o. del acto acusado, ya que éste restringe para cada raza el funcionamiento de una sola asociación colombiana con personería jurídica.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 1o. y 6o. del Decreto 1545 de 22 de junio de 1953, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.-

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

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref: Expediente número 2182. Acción: Nulidad. Actor: ASOCIACION CLUB CANINO COLOMBIANO.

La Asociación Club Canino Colombiano, a través de apoderado, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha instaurado demanda tendiente a que se declare la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 1o. y 6o. del Decreto número 1545 de 22 de junio de 1953 "**sobre mo-**

dalidades de registros genealógicos de ganados, y exposiciones pecuarias", expedido por el Gobierno Nacional.

I. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de 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 SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Presentada en escrito separado al de la demanda, fue sustentada en esencia, así:

Los artículos 1o. y 6o. del Decreto 1545 de 1953 son ostensible y manifiestamente violatorios de los artículos 12, 20, 44, 55, 76 numeral 1o. y 120 numeral 3o. de la Constitución de 1886, que corresponden en su orden al 6o., 14, 16, 38, 113, 121, 150 numeral 1o. y 189 numeral 11 de la nueva Carta; 12 de la Ley 153 de 1887; 13 y 37 de la Ley 74 de 1926.

1o. *Violación manifiesta de los artículos 13 y 37 de la Ley 74 de 1926; 20, 55 y 76 numeral 1o. de la Constitución de 1886 —que corresponden al 6o, 113, 121, 123 inciso 3o. y 150 numeral 1o. de la Constitución de 1991.*

Es al legislador a quien corresponde delegar el ejercicio de funciones administrativas en personas o entidades particulares o autorizar expresamente para ello al Ejecutivo señalando las funciones que pueden atribuirse, las condiciones de su ejercicio y características de las personas jurídicas privadas que reciben la autorización.

La ley 74 de 1926 asignó al Gobierno dos funciones bien diferentes: llevar el libro de genealogías (artículo 13) y reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria, éstas últimas de obligatorio cumplimiento "bajo multas" (artículo 37); y ni del artículo 13 puede desprenderse la autorización para delegar en personas jurídicas de derecho privado la función de llevar el libro de genealogías ni tampoco del 37 dado que las autorizaciones deben ser expresas.

Si el artículo 37 de la Ley 74 de 1926, invocado especialmente por el Decreto acusado, preceptúa que las disposiciones que dicte el Gobierno para reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria "son de obligatorio cumplimiento bajo las multas que establezca el Gobierno", basta pensar que si la función de llevar libros genealógicos pudiera ser considerada como de "**defensa y sanidad agropecuaria**", se llegaría al absurdo de que todas las Asociaciones de Criadores de Razas Puras, sin excepción alguna, quedarían obligadas a llevar los libros genealógicos de la respectiva raza y que, de no hacerlo, el Gobierno podría forzarlas a ello mediante la imposición de multas, llevándose de calle el respeto de la autonomía privada y el derecho de asociación, consagrados en la Constitución Política.

En consecuencia, el Presidente de la República al delegar mediante el artículo 1o. acusado en las Asociaciones de Criadores de Razas Puras la función de llevar los libros genealógicos de la raza respectiva y expedir los certificados correspondientes, sin existir previa y expresa autorización legal, violó en forma manifiesta y ostensible el artículo 13 de la Ley 74 de 1926, que le atribuyó en forma exclusiva dicha función y, además, el artículo 37 de la misma ley, que sólo lo autorizó para reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria.

Por las mismas razones el precepto acusado vulneró también, en forma flagrante y ostensible, como se desprende de la simple confrontación entre el texto acusado y el de los artículos 20 de la Constitución de 1886, 6o. y 121 de la Carta de 1991, que en su orden establecen que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les esté permitido y prohíben a las autoridades ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

Finalmente al invadir la esfera de competencia del legislador, vulneró los artículos 76 numeral 1o. y 55 de la Constitución de 1886; 113, 123 inciso 3o. y 150 numeral 1o. de la Constitución de 1991, según los cuales corresponde al Congreso interpretar, reformar y derogar las leyes; que los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines y que "la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

2o. *Violación ostensible de los artículos 120 numeral 3o. de la Constitución de 1886 —que corresponde al 189 numeral 11 de la nueva— y 12 de la Ley 153 de 1887.*

El artículo 13 de la Ley 74 de 1926 ordenó al Gobierno abrir y llevar en el hoy Ministerio de Agricultura un libro de genealogías, pero no lo autorizó para delegar esa función en entidades de derecho privado.

Por su parte, el artículo 37 *ibídem* le exigió reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria y es el artículo invocado por el Gobierno para expedir el Decreto acusado.

Ahora bien, si de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, el reglamento hace explícito lo que está implícito en la ley, lo que es de su esencia, de su espíritu, es claro que la reglamentación del artículo 13 de la Ley 74 de 1926 no podía ser distinta a la de regular en detalle la forma como el Gobierno Nacional, a través del hoy Ministerio de Agricultura, debía llevar el libro de genealogías, las condiciones o requisitos necesarios para registrar los ejemplares de raza pura, etc., a fin de lograr que el mandato legal tuviera pleno y cabal cumplimiento.

Como el Presidente, so pretexto de reglamentar el artículo 37 de la Ley 74 de 1926 sobre defensa y sanidad agropecuaria reglamentó el artículo 13 *ibídem* que regula lo relacionado con el libro de genealogías, modificando la norma legal que dice reglamentar, se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria y violó ostensible y manifiestamente los artículos constitucionales y el legal antes mencionados.

3o. *Violación manifiesta de los artículos 12, 44, 76 numeral 1o. de la Constitución de 1886; 14, 16 y 38 de la Constitución de 1991.*

Basta comparar el texto de los artículos invocados con la extravagante prohibición contenida en el artículo 6o. del Decreto 1545 de 1953 para apreciar a simple vista la infracción manifiesta de aquellos. Si la "capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley colombiana", como lo establece el artículo 12 de la Constitución de 1886, es porque corresponde al legislador ordinario o al extraordinario y no al Gobierno mediante simple decreto reglamentario regular dicha materia. Y, al hacerlo, violó flagrantemente no sólo el anterior precepto sino también el artículo 76 numeral 1o. de la misma Carta.

Igualmente, si el artículo 44 de la antigua Constitución consagró la libertad de asociación permitiendo a los particulares formar compañías, asociaciones y fundaciones siempre y cuando los fines perseguidos no contraríen la moral, las buenas costumbres o el orden público, mal puede el Gobierno Nacional, sin violentar el precepto constitucional citado, hacer nugatorio el derecho de asociación estableciendo en su artículo 6o. una prohibición adicional no contemplada en disposición legal alguna como la de que "no podrá funcionar en cada raza, más de una asociación colombiana con personería jurídica".

Ahora bien, al comparar el precepto constitucional que consagra el derecho de asociación, reiterado en el artículo 38 de la nueva Carta, con la prohibición establecida en el artículo 6o. acusado, es fácil apreciar que él no está garantizando el derecho de libre asociación sino que, por el contrario, está coartándolo inconstitucional e ilegalmente.

Si de conformidad con los artículos 14 y 16 de la Constitución de 1991, todas las personas tienen derecho al desarrollo de su personalidad jurídica y el derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás y el orden jurídico, los mismos son seria y ostensiblemente quebrantados por el artículo 6o. acusado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto número 1545 de 22 de junio de 1953, que es contentivo de los artículos 1o. y 6o. acusados, fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades del artículo 37 de la Ley 74 de 1926.

A. El artículo 1o. demandado es del siguiente tenor:

> "**Se autoriza a las Asociaciones de Criadores de Razas Puras** que obtengan su personería jurídica y que cumplan el requisito indicado en el artículo siguiente, **para llevar los libros genealógicos de la raza respectiva** y para que expidan los certificados correspondientes que serán reconocidos por el Gobierno Nacional". (subrayas fuera de texto).

El artículo 13 de la Ley 74 de 1926, por su parte, prescribe:

> **"El Gobierno abrirá y llevará en el Ministerio de Industrias, un libro de genealogías** donde deberán registrarse los ejemplares de raza pura de cualquier clase de ganado producidos en el país o importados". (subrayas fuera de texto).

El artículo 37 *ibídem* reza:

> **"El Gobierno reglamentará lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria.** Las disposiciones respectivas se consideran como de policía e higiene públicas y serán obligatorias bajo las multas que establezcan el Gobierno, que no pasarán del quinientos ($500). Estas penas las impondrán, de acuerdo con los reglamentos, los Gobernadores o el Ministro de Industrias". (subrayas fuera de texto).

Al confrontar el artículo primero acusado con los preceptos legales antes mencionados fluye claramente su discordancia manifiesta. En efecto, en tanto el artículo 13 de la Ley 24 de 1926 radicó en cabeza del Gobierno —en el Ministerio de Industrias, reemplazado por el de Agricultura según las Leyes 100 de 1931, 75 de 1947 y el Decreto Legislativo 3692 de 1950— la función de abrir y llevar un libro de genealogías, "donde deberán registrarse los ejemplares de raza pura de cualquier clase de ganado, producidos en el país o importados"; aquél, por su parte, autorizó a las Asociaciones de Criadores de Razas Puras con personería jurídica reconocida y en cuya Junta Directiva tenga un representante el Ministerio de Agricultura —esto último, según el artículo 2o. del mismo Decreto— para cumplir dicha función.

Tal regulación del artículo 1o. implica también una transgresión de los artículos 20 y 120 ordinal 3o. de la Constitución Política de 1886, vigente cuando se expidió, por haberse excedido el Presidente de la República en el ejercicio de la potestad reglamentaria al delegar funciones en personas jurídicas de derecho privado para lo cual no estaba autorizado y porque el artículo 37 de la citada Ley 74 solamente lo autorizó para reglamentar lo relativo a la defensa y sanidad agropecuaria y no para modificar preceptos de dicha Ley, como el 13.

B. El artículo 6o. acusado es del siguiente tenor:

> "No podrá funcionar para cada raza, más de una asociación colombiana con personería jurídica".

La anterior regulación del reglamento está en abierta contradicción con el artículo 44 de la Constitución Política de 1886, el cual era muy claro en señalar en su inciso 1o. que "Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal...". La libertad de asociación que se deriva de este precepto resulta contradicha en forma clara por el artículo 6o. ya que éste restringe para cada raza el funcionamiento de una sola asociación colombiana con personería jurídica.

El análisis precedente permite acceder a la medida precautoria solicitada y así se hará en la parte resolutiva de este proveído.

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 la Asociación Club Canino Colombiano, a través de apoderado. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Agricultura. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

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 Agricultura que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al 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 2867 de 1989, deposite la Asociación demandante la suma de DOS MIL PESOS ($2.000,00) MONEDA CORRIENTE, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II. Tiénese como demandante a la ASOCIACION CLUB CANINO COLOMBIANO y al doctor CAMILO VARGAS AYALA como su apoderado especial, en los términos y para los efectos del memorial poder visible a folio 1o. del expediente; y como demandada a la Nación —Ministerio de Agricultura—.

III. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 1o. y 6o. del Decreto 1545 de 22 de Junio de 1953, 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 sesión del día seis (6) de Noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/POTESTAD REGLAMENTARIA -Límites

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones no está autorizada para suscribir y formalizar los convenios de asociación a que se refiere el acto acusado. El Decreto 130 de 1976 autoriza la creación de las asociaciones, pero entre entidades públicas y siempre que para ello se encuentren debidamente autorizadas. El servicio público de telecomunicaciones, solamente puede ser prestado, 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 indirectamente, previo contrato de concesión de servicio o licencia celebrado u otorgada por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de ley, por personas naturales o jurídicas del derecho primado colombiano. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 553 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2123. DECRETOS DE GOBIERNO. Actora: MARIA TERESA GARCES.

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Nación — Ministerio de Comunicaciones y Telecom—, contra la providencia de 25 de septiembre de 1992, en cuanto suspendió provisionalmente los efectos del Decreto 553 de 1992, dictado por el Gobierno Nacional.

1. ANTECEDENTES.

La actora de la referencia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó la nulidad del Decreto 553 del 1o. de abril de 1992, proferido por el Presidente de la República, por el cual se decreta:

"Autorizar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— para suscribir y formalizar contratos 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".

II. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Como ya se expresó es el auto de 25 de septiembre de 1992 en cuanto decreta la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Para decretar la suspensión provisional, la Sala hizo los siguientes planteamientos:

"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 las 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 el 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 au-

torizadas, 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".

III. EL RECURSO INTERPUESTO

La reposición la fundamenta la recurrente en los razonamientos que se sintetizan a continuación:

Si bien es cierto en el encabezamiento del decreto acusado solo se menciona una de las disposiciones que le sirven de fundamento para otorgar la autorización que en el acto se contiene, es también cierto que le sirven de soporte a la actuación impugnada diversas disposiciones constitucionales y legales (artículo 189 de la C.N.; 1o., 5o. y 7o. del Decreto 1050 de 1968), que dicen relación con la calidad de suprema autoridad administrativa del órgano que dictó el Decreto impugnado y con la autonomía e importancia de los establecimientos públicos.

La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, como establecimiento público, "puede actuar en ejercicio de la autonomía propia y para el cumplimiento de los objetivos que a ella señalan sus actos de creación y sus estatutos, dentro de las atribuciones y condicionamientos legales. Así, puede celebrar los actos y contratos necesarios con cumplimiento en cada caso de los requisitos legales según el objeto específico, cuantía, modalidad de ejecución, etc.". Al respecto se cita en el recurso el artículo 30 del Decreto-Ley 1050 de 1968.

Dentro del contexto de los artículos 29 del Decreto 1050 de 1968 y 21 del Decreto 130 de 1976, el Decreto Ley 129 de 1976 en su artículo 36 expresamente previó la participación de los organismos adscritos (Establecimientos públicos) al Ministerio de Comunicaciones en sociedades o compañías cuyo objeto social tenga relación con las actividades que les corresponda desarrollar condicionando dicha participación a la previa autorización del Gobierno Nacional, otorgando directamente a las entidades adscritas al Ministerio de Comunicaciones una autorización para participar en las dichas sociedades y compañías indicando que para llevar a la práctica tal participación debían obtener previamente la autorización del Gobierno.

No es cierto que el Decreto 129 de 1976, artículo 36, fuere contrario a la Constitución anterior como tampoco lo es frente a la expedida en 1991 pues su texto no otorga una facultad autónoma al Gobierno; sobre la base de la autorización a las entidades para participar que en él se contiene, condiciona la puesta en práctica a la autorización gubernamental conservando el régimen de estirpe legal previsto en el artículo 210 de la Constitución Política en vigencia.

El Gobierno Nacional teniendo en cuenta la atribución del artículo 36 resolvió autorizar no la constitución de sociedades o compañías sino el desarrollo de los convenios a que se refiere el artículo 1o. del Decreto 553. Invocó y ejecutó la atribución que le permitía habilitar a las entidades adscritas al Ministerio de Comunicaciones para la constitución de sociedades y compañías con los efectos ju-

rídicos pertinentes de fondo social especial, personería jurídica, etc., para que TELECOM adelantara una gestión conjunta con particulares pero de tal manera que la empresa conservara en todo caso y momento, la titularidad del servicio.

La conclusión anterior adquiere respaldo en el contexto de la regulación legal sobre el servicio de telecomunicaciones que permiten al Gobierno, a través del Ministerio de Comunicaciones y dentro del marco legal trazado, la dirección del sector y la orientación de las políticas a seguir, entre ellas, naturalmente, las de contratación y vinculación de inversionistas públicos y privados al sector (Ley 72 de 1989, Decreto-Ley 1901 de 1990, artículo 2o.).

En los contratos a que se refiere el Decreto 553, la gestión del servicio continúa siendo directa, se realiza con la inmediata y directa participación e ingerencia determinante de la empresa estatal, elemento que se evidencia con el condicionamiento indicado en la parte final del artículo en cuanto a que tales contratos no generarán una nueva persona jurídica.

Con el procedimiento indicado en el decreto acusado no se está configurando una nueva modalidad de gestión indirecta del servicio de telecomunicaciones. Ese procedimiento es de aquellos que precisamente hacen posible la gestión directa (el servicio lo presta directamente TELECOM con la colaboración contractual de un contratista que comparte los riesgos de la prestación), dentro del marco de la capacidad de contratación que la ley reconoce a los establecimientos públicos.

De acuerdo con las normas legales que conforman el Estatuto orgánico de TELECOM y con las disposiciones reglamentarias y estatutarias, ésta entidad puede celebrar, en cumplimiento de sus fines, toda clase de actos y contratos lícitos ya sean civiles, comerciales o administrativos (artículo 31, Decreto 1184 de 1969 y artículo 1o. del Decreto 1588 de 1988), y en cada caso se someterá a las reglas pertinentes.

Termina diciendo la recurrente que "No es cierto, entonces, que mediante el Decreto 553 de 1992 se esté introduciendo una nueva modalidad contractual y tampoco es cierto que mediante ella se realice gestión indirecta del servicio de telecomunicaciones".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

No discute la Sala que el Decreto 553 de 1992, acusado en estas diligencias, haya sido expedido por el Presidente de la República, en su calidad de suprema autoridad administrativa. El artículo 189 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, entre otras las funciones de "Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecucución de las leyes"; Ejercer la Inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos"; y la de "Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la Ley" (numerales 11, 22 y 23).

En la expedición del decreto cuya nulidad se solicita, además de las disposiciones constitucionales que pudieran servirle de fundamento, el Ejecutivo se basa "en especial" en las facultades que le confiere el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976, según se expresa en el mismo encabezamiento del acto.

Significa lo anterior que el Decreto 553 de 1992, objeto de estudio, es un acto dictado por el Presidente de la República, en ejercicio normal de sus funciones administrativas, para la ejecución de las leyes, concretamente las relacionadas con la organización y funcionamiento del servicio público de telecomunicaciones.

Como el acto se dictó para la ejecución de la ley, lo natural, lógico y jurídico es que tenga como requisito fundamental el respeto no solamente a la ley que pretende poner en práctica (Decreto Ley 129 de 1976), sino a cualquiera otra, a la que debe estar supeditado, dado el orden inferior que respecto de ella ocupan los actos administrativos dentro de la jerarquía normativa del Estado Colombiano.

En el caso de autos según ya se expresó, el acto administrativo acusado se dictó especialmente con base en las facultades conferidas en el artículo 36 del Decreto Ley 129 de 1976 que por ser de carácter legislativo es norma superior. Así las cosas el Decreto 553, dictado por el Gobierno en ejercicio normal de sus funciones administrativas, debe coincidir en su sentido general con aquel y con otras leyes, sin que pueda exceder sus términos, variar su sentido, ni modificarlo en ningún aspecto.

Y, ya vimos cómo mientras el Decreto Ley 129 de 1976 (art. 30), establece que TELECOM en su calidad de organismo adscrito al Ministerio de Comunicaciones podrá participar en sociedades o compañías, el acto acusado autoriza a la entidad, "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".

Se deduce claramente de lo anterior que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones no está autorizada para suscribir y formalizar tales convenios de Asociación. El Decreto 130 de 1976 autoriza la creación de las asociaciones, pero entre entidades públicas y siempre que para ello se encuentren debidamente autorizadas (art. 21).

Tampoco discute la Sala la autonomía administrativa de los establecimientos públicos. Solo que de conformidad con el artículo 7o. del Decreto 1050 de 1968, "Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional", dicha autonomía debe ejercerse conforme a los actos que los rigen y bajo la tutela gubernamental y en coordinación con la política general del Gobierno.

Ahora, en tratándose de la legislación respecto del servicio de telecomunicaciones, se observa lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 72 de 1989, "las telecomunicaciones son un servicio público que el Estado prestará directamente ó através de con-

cesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose en todo caso, la facultad de control y vigilancia" (art. 5o.).

"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 de las que corresponda fijar a Inravisión (sic) y a las organizaciones regionales de Televisión" (art. 7o.).

En ejercicio de las funciones 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".

Este Decreto 1900 de 1990, en lo que tiene que ver con el debate, en sus artículos 34 y 35, preceptúa:

> "Art. 34. 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 o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente". (se subraya)
>
> "Art. 35. 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).

De conformidad con las normas pretranscritas el servicio público de telecomunicaciones, solamente puede ser prestado, 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 indirectamente, previo contrato de concesión de servicio o licencia celebrado u otorgada por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de ley, por personas naturales o jurídicas de derecho privado colombianas.

La misma observación hizo esta Sala en auto de 24 de julio de 1992, en el expediente No. 2079, con ponencia del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.

Así las cosas, la Sala sigue considerando que la normatividad citada descarta la prestación directa de los servicios de telecomunicaciones por entidades diferentes a la Nación, las entidades territoriales, los entes descentralizados del orden nacional, departamental o municipal o asociaciones formadas entre estas entidades; y la indirecta por mecanismos distintos al contrato de concesión de servicios o licencia, celebrado u otorgada, en su caso, por el Ministerio de Comunicaciones, a personas naturales o jurídicas de derecho privado colombianas, por el Ministerio de Comunicaciones.

Como quiera que el acto acusado contempla la posibilidad de que a través de proyectos de telecomunicaciones el servicio pueda ser prestado por TELECOM conjuntamente y a riesgo compartido con personas jurídicas extranjeras, resulta conveniente citar lo que esta Sala en auto de 18 de septiembre, expediente 2079, expuso respecto a la inversión extranjera en el sector del servicio de telecomunicaciones.

En aquella oportunidad se dijo:

> "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 pronun-

ciamiento 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".

Por lo anteriormente 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 12 de noviembre de 1992.

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

REGIMEN DE ADUANAS/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/ **ARANCEL DE ADUANAS**-Modificaciones

El artículo 150-19-c de la Carta Política actual supedita a razones de política comercial, las modificaciones que el Gobierno puede introducir en los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. La modificación del régimen aduanero por razones de política comercial, debe ser objeto de una ley marco. Así las cosas, en la actualidad, las modificaciones que los aranceles, tarifas y demás disposiciones pretenda introducir el Gobierno, deben reunir dos requisitos: a) que obedezcan a razones de política comercial y b) Que se encuentren conformes con las pautas generales de la ley marco respectiva.
DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Decreto 1105 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2192. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: *Jesús Vallejo Mejía*

El actor de la referencia actuando en nombre propio y en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 40-6 de la Constitución Nacional y 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita del Consejo de Estado que previa suspensión provisional, se decrete la nulidad del Decreto 1105 de 1992, expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y de Comercio Exterior, "Por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas".

Subsidiariamente solicita el demandante que se declare la nulidad de los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del mismo decreto impugnado.

Como la demanda reúne los requisitos de ley, deberá admitirse tal como se ordena en la parte resolutiva de esta providencia.

Respecto a la solicitud de suspensión provisional, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes **CONSIDERACIONES**:

El actor solicita que se ordene la suspensión provisional de los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto 1105 de 1992. Fundamenta su solicitud en la circunstancia de que, según su criterio la mencionada normatividad, infringe en forma manifiesta las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

1o. Literal c) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según el cual el Gobierno Nacional solo puede modificar lo concerniente al régimen de aduanas, por razones de política comercial. Anota al respecto que en el decreto acusado el Gobierno no instrumentó una política comercial sino punitiva.

2o. El artículo 29 de la Constitución Política. Dice el libelista que la precitada norma se violó.

> "Al disponer el Decreto acusado sobre infracciones en el uso del sistema informático (artículo 3o.); sanciones relativas al manifiesto de carga (artículo 4o.); procedimiento para la aplicación de sanciones relativas al manifiesto de carga (artículo 5o.); sanción por operación de contrabando (artículo 6o.); procedimiento para sanciones por operación del contrabando (artículo 7o.); y recurso de reconsideración (artículo 8o.)...".

3o. Los artículos 1 y 3 de la Ley 6a. de 1971. En este punto dice el demandante que el Gobierno al expedir el Decreto 1105 excedió la competencia que le otorgó la Ley 6a. de 1971 porque el contenido del decreto no tiene relación directa con las pautas señaladas en la ley para modificar el régimen aduanero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, literal c) de la Constitución Nacional, le corresponde al Congreso, por medio de la ley "dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

> "...
>
> "c) Modificar, *por razones de política comercial*, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", (subrayas fuera del texto).

El anterior principio fue consagrado en la derogada Constitución de 1886, en el artículo 76, numeral 22, según el cual correspondía al Congreso por medio de leyes, la función de dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno entre otros, para el efecto de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

Sin embargo, entre uno y otro texto hay una significativa diferencia ya que el contenido en el artículo 150-19-C de la Carta Política actual supedita a razones de

política comercial, las modificaciones que el Gobierno puede introducir en los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Además, cuando la Constitución Nacional en la precitada regla habla de "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno...", se está refiriendo a lo que la doctrina viene denominando leyes marco, incorporadas a nuestro ordenamiento constitucional por el Acto Legislativo No. 1 de 1968.

De lo expuesto se concluye que la modificación del régimen aduanero por razones de política comercial, debe ser objeto de una ley marco.

Así las cosas, en la actualidad, las modificaciones que a los aranceles, tarifas y demás disposiciones pretenda introducir el Gobierno, deben reunir estos dos requisitos:

a) Que obedezcan a razones de política comercial.

b) Que se encuentren conformes con las pautas generales de la ley marco respectiva.

En cuanto se refiere al primero de los requisitos encuentra la Sala que el Decreto 1105 en sus artículos acusados, no lo satisface.

En efecto al establecer infracciones en el uso del sistema informático (art. 3o.); las sanciones y procedimientos relativos al manifiesto de carga y a la operación de contrabando (artículos 4, 5, 6 y 7); lo mismo que al señalar y reglamentar el recurso de reconsideración contra la sanción o decomiso según el caso (art. 8o.), el Gobierno no está actuando por razones de política comercial, ni de conformidad con ley marco alguna que contemple tales razones, pues la Ley 6a. de 1971, en cuyas pautas se apoya para proferir el acto impugnado, no las contempló, ni podía contemplarlas, ya que no estaban previstas en la Constitución vigente por aquella época.

Al señalar sanciones, establecer procedimientos y crear recursos, al parecer de la Sala, el Gobierno trasciende la función puramente administrativa, que es lo que por antonomasia le corresponde, para ingresar a la órbita de lo legislativo propia del Congreso.

En lo que respecta al segundo de los requisitos estima igualmente la Sala que no se cumple en el caso de autos, porque el decreto acusado del cual hacen parte las disposiciones cuya suspensión provisional se solicita, no encuentra respaldo en 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".

Efectivamente la Ley 6a. de 1971 en el artículo 1o., fija normas generales para la actualización de la Nomenclatura, de las reglas de interpretación, de las notas legales y explicativas (literal a); para la restructuración de los desdoblamientos de las posiciones de la Nomenclatura (literal b); para la actualización de las Normas de Valoración de Mercancías (literal c); para la Restricción o derogatoria de exen-

ciones de derechos arancelarios de importación (literal d), y para la variación en la Tarifa. En ninguna parte de la citada ley se trazan pautas o se establecen normas generales respecto de sanciones y procedimientos que permitan justificar las reglas de carácter punitivo que se establecen en las normas impugnadas.

En relación con el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, observa la Sala que por ahora no puede deducirse su manifiesta violación, pues si el Gobierno para dictar el acto consultó o no las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordada para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, es asunto para indagar y demostrar en otra oportunidad procesal.

En consecuencia, infringidos como resultan los artículos 150 numeral 19, literal c) de la Constitución Nacional y el artículo 1o. de la Ley 6a. de 1971, debe la Sala decretar la suspensión provisional solicitada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad presentada por el Dr. Jesús Vallejo Mejía, contra el Decreto No. 1105 de 1o. de julio de 1992, expedido por el Gobierno Nacional. Para su trámite, se dispone:

a. Notificar a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior, en la forma prevista en el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

b. Notificar personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

c. El demandante 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.

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 a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior, el envío, en el termino de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del decreto acusado.

2o. **DECRETAR** la suspensión provisional de los efectos de los artículos 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Decreto 1105 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 12 de noviembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

REGISTRO DE MARCA - Observación/**REGISTRO DE MARCA**- Cancelación/**SENTENCIA INHIBITORIA**

El proceder al registro de una marca por sí solo no constituye ilegalidad, pues ella es una función que compete a la División de Propiedad Industrial y está en obligación de cumplirla. En otras palabras, la entidad al ordenar el registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de los de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, pero que no ha obtenido su registro o que no lo ha solicitado con anterioridad (como acontece en este caso), por lo mismo no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto en la ley. Es requisito "*sine qua non*" para que pueda haber pronunciamiento de fondo, que el acto que se acuse sea el resultado de la oposición u observación o de la solicitud de la cancelación del registro de marca, lo que en el evento *sub-lite* no se produjo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expedientes acumulados Nos. 1863 y 1864. Acción de nulidad contra las Resoluciones Nos. 07192 y 07193 de 1o. de Octubre de 1990, expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: *Cepillos Fuller V. García y Cía Ltda.*

La sociedad CEPILLOS FULLER V. GARCIA Y CIA. LTDA., a través de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 596 del C. de Co., solicitó de esta Corporación, en demandas separadas que se rituaron inicialmente en procesos diferentes y que fueron acumulados por decisión de la Sala Unitaria en proveído de 19 de Junio de 1992 (folios 343 a 344 expediente No. 1863), la declaratoria de nulidad contra las Resoluciones Nos. 07192 y 07193 de 1o. de Octubre de 1990, expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superin-

tendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales se concedió el registro de la marca FULLER en favor de la sociedad THE FULLER BRUSH COMPANY, para distinguir respectivamente, productos de la clase 3a. y 21 del Decreto 755 de 1972, y, que como consecuencia, se ordene la cancelación de los certificados de registro Nos. 0131-426 y 0131-427 de 1o. de Octubre de 1990, y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A. (folios 107 a 108 exp. 1863 y 99 a 100 exp. 1864).

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el apoderado de la actora como vulnerados con los actos acusados, los artículos 58 de la Constitución Nacional de 1991; 586 numerales 3o. y 4o.; 603 y 607 del C. de Co.; 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 18 de la Convención Interamericana de Washington (Ley 59 de 1936).

Para fundamentar el concepto de la violación, aduce los siguientes argumentos (folios 128 a 137 exp. 1863 y 119 a 130 exp. 1864):

1. Se quebrantó el artículo 58 de la Constitución Nacional de 1991, por cuanto al expedirse los actos administrativos complejos se desconoció la propiedad privada adquirida por la demandante por vía de uso público y notorio en el territorio nacional desde 1952, sobre la expresión FULLER.

2. Se vulneró el artículo 586 numeral 3o. del C. de Co., porque el nombre comercial FULLER se encontraba adoptado y usado públicamente por la actora, y, en el caso en comento no hay semejanza sino igualdad absoluta entre los signos en conflicto, además que los productos del alcance de la marca demandada se refieren al aseo doméstico e industrial.

3. Se infringió el artículo 586 numeral 4o. *ibídem*, dado que al estar previamente adoptada por la actora la expresión "FULLER" como nombre comercial o enseña en Colombia con tantos años de anterioridad, los actos administrativos de registro constituyen una usurpación de los derechos de la parte demandante, ya que el nombre comercial le pertenece a un tercero desde 1952 en relación con la persona social norteamericana del registrante usurpador y dicho nombre comercial es notoriamente conocido en Colombia como se demuestra con las pruebas documentales aportadas.

4. Se transgredió el artículo 603 *ibídem*, pues VALENTIN GARCIA CONDE —CEPILLOS FULLER DE COLOMBIA— desde 1952 a 1971, como persona natural propietaria de un establecimiento de comercio y posteriormente constituida como sociedad bajo la razón social CEPILLOS FULLER V. GARCIA Y CIA. LTDA., adquirió el nombre comercial en virtud del primer uso y por ello mal podía la sociedad norteamericana, titular del registro impugnado, ni ningún otro tercero, sea persona natural o jurídica, reivindicar derechos de propiedad industrial sobre el mismo signo. Además, debe tenerse en cuenta que la sociedad demandada elevó las solicitudes de registro el 4 de Junio de 1987, cuando la

existencia y uso activo, público e ininterrumpido sobre la marca FULLER por parte de la demandante, ya llevaba 35 años de ejercicio.

5. Se violó el artículo 607 del C. de Co., ya que a pesar de la expresa prohibición que esta norma contiene de emplear por parte de terceros un nombre comercial de una marca de productos o de servicios que sea igual o similar a un nombre comercial ya usado para el mismo ramo de negocios, la sociedad THE FULLER BRUSH COMPANY solicitó y obtuvo los registros de la misma denominación FULLER, igual al ya usado para el mismo ramo por la sociedad actora.

6. Se infringió el artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, porque estando demostrado que ya existía con muchos años de anterioridad el nombre comercial "CEPILLOS FULLER", mal podían nacer a la vida jurídica unos registros que no son novedosos ni resultan distintivos tanto para cuando se hizo la solicitud como para cuando se otorgaron, dado que la novedad es una característica que sólo puede predicarse de los signos que aún no se conozcan en el mercado, esto es, que sean nuevos y al no darse estas circunstancias no hay aptitud necesaria para acceder a la formalidad del registro.

6. No se está propiamente frente a una violación del artículo 18 de la Convención Interamericana de Washington sobre propiedad marcaria y comercial, pero la demanda de nulidad involucra a esta disposición ya que ella establece la posibilidad legal de impugnar un registro marcario, que, como los que son objeto de estudio se tipifican desde el punto de vista de su irregularidad en la circunstancia descrita en esta norma supranacional.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 21 de Noviembre de 1991 (folio 145 exp. 1863), se admitió la demanda en relación con la Resolución No. 07193 y certificado No. 0131-426 de 1o. de Octubre de 1990.

Por auto de 29 de Noviembre de 1991, se admitió la demanda frente a la Resolución No. 07192 y certificado No. 0131-427 de 1o. de Octubre de 1990 (folios 139 a 140 exp. 1864).

Habiéndose ordenado correr traslado de cada uno de los autos admisorios antes señalados, la Nación —SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO— guardó silencio.

La sociedad THE FULLER BRUSH COMPANY, a través de apoderado especial al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando que no obstante alegar la demandante que ha usado en Colombia desde 1953, sin solución de continuidad la marca FULLER, omite mencionar que la impugnadora desde 1926, efectuó en Colombia el registro de la marca FULLER bajo el No. 4.316 y que dicha sociedad existe como persona jurídica con ese nombre comercial en Estados Unidos desde 1919.

Que también omite la demandante mencionar que desde 1955 ha usado la marca FULLER bajo licencia concedida a CEPILLOS FULLER DE COLOMBIA LTDA. por THE FULLER BRUSH COMPANY, mediante contrato firmado por las dos empresas el 15 de Marzo de 1955 vigente hasta 1991, y, en tal calidad de licenciatario, suministró a esta última pruebas de uso para obtener la renovación de la marca FULLER, en las clases 3a. y 21 del Decreto 755 de 1972, y que además de ser licenciatario le compraba a la impugnadora la materia prima, según consta en la carta de 2 de Octubre de 1986 y factura J5292 de 20 de Marzo del mismo año, circunstancias todas estas que conllevan a demostrar que no hubo violación de las normas que cita la demandante. (folios 172 a 182 exp. 1863 y 167 a 177 exp. 1864).

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes **CONSIDERACIONES:**

Advierte la Sala que en el presente proceso no puede haber un pronunciamiento de fondo por las siguientes razones:

1. Obra a folio 102 del expediente No. 1863, certificación de la Secretaría de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se expresa:

> "El extracto de la solicitud de que trata este expediente fue publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial número (sic) 341 y 342 del 10 de Marzo de 1989, el tiempo hábil señalado en el artículo 65 del Decreto 1190 de 1978, expiró el 26 de abril de 1989, sin que se hubiesen presentado oposiciones. En consecuencia envíese el expediente número 271.379 a la Sección de Marcas para proseguir su trámite".

2. En el mismo sentido, a folio 95 del expediente No. 1864 se lee:

> "El extracto de la solicitud de que trata este expediente fue publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial números 341 y 342 del 10 de marzo de 1989, el tiempo hábil señalado en el artículo 65 del Decreto 1190 de 1978, expiró el 26 de abril de 1989, sin que se hubiesen presentado oposiciones. En consecuencia envíese el expediente número 271.378 a la Sección de Marcas para proseguir su trámite".

Como lo manifestó esta Corporación con ponencia del suscrito Consejero, en providencia de 23 de Mayo de 1991, expediente 417, a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde conocer y decidir sobre la cancelación del registro de una marca ya sea en virtud de la oposición de los interesados (hoy observación) a que la administración adopte la decisión de registrar, o, en virtud de la solicitud de cancelación porque la referida marca ya ha sido utilizada con anterioridad por un tercero para la misma actividad, debiendo en uno u otro caso aportar las pruebas para tal fin. Y si la entidad admi-

nistrativa contraviniendo las normas que amparan la propiedad industrial, hace caso omiso de dicha oposición u observación o decide adversamente la solicitud de cancelación, corresponde al Consejo de Estado entrar a estudiar la ilegalidad o ilegitimidad de dicha actuación. Ello, porque lo que se busca con la acción de nulidad es que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo estudie los actos proferidos por la administración a fin de poder, en determinado momento, anularlos por haberse desvirtuado la presunción de legalidad inherente a ellos.

Pero en el caso que ocupa la atención de la Sala, el proceder al registro de una marca por sí solo no constituye ilegalidad, pues ella es una función que compete a la División de Propiedad Industrial y está en obligación de cumplirla. En otras palabras, la entidad al ordenar el registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de los de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, PERO QUE NO HA OBTENIDO SU REGISTRO o que NO LO HA SOLICITADO CON ANTERIORIDAD, (como acontece en este caso), por lo mismo no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto en la ley.

Significa lo anterior que es requisito *sine qua non* para que pueda haber pronunciamiento de fondo, que el acto que se acuse sea el resultado de la oposición u observación o de la solicitud de cancelación de registro de marca, lo que en el evento *sub lite* no se produjo.

Por todo lo analizado, no se dió curso a la solicitud de decretar pruebas de oficio visible a folio 427 del expediente No. 1863, como quiera que ellas resultarían viables para un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, más no cuando por las circunstancias anotadas él no puede proferirse.

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. **INHIBESE** de proferir pronunciamiento de fondo por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

2o. **DEVUELVANSE** las sumas de dinero depositadas para gastos de los procesos radicados bajo los números 1863 y 1864 que no fueron utilizadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SERVICIO DE BANDA CIUDADANA/SERVICIO ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES/SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/POTESTAD REGLAMENTARIA

El artículo 1o. del acto acusado agrega dos características o condiciones que no están previstas en el artículo 33 del Decreto 1900 de 1990: la de que ese servicio "permite solo la telecomunicación de voz a corta distancia" y la imposibilidad "de suministrar servicios a otras personas". A pesar de que el artículo mencionado no incluya entre las características de los servicios especiales la imposibilidad de suministrar servicios a otras personas", esta característica resulta de la definición contenida en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T. aprobado por la Ley 46 de 1985. La prohibición contenida en el numeral 4o. del artículo 17 del decreto demandado pretende sustentarse en el artículo 5º del Decreto 1900 de 1990 que otorga al Gobierno las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, sin que en sentir de la Sala estas funciones genéricas puedan sustentar válidamente la prohibición aquí analizada.

DECLARASE LA NULIDAD de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto 2618 de 1991, expedido por el Presidente de la República: a) La expresión "...y permite solo la telecomunicación de voz a corta distancia", contenida en el artículo 1o. b) Las expresiones "...repetidoras, o..." y "... o interconectarse con las redes telefónicas...", contenidas en el artículo 6o. c) El numeral 4o. del artículo 17.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1972. Actor: *Luis Carlos Sáchica Aponte*

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 el ciudadano Luis Carlos Sáchica Aponte, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial de los artículos 1o. 3o., 6o., 8o., 17 numerales 4o. y 6o. y 18 del Decreto 2618 de 19 de noviembre de 1991, expedido por el Presidente de la República.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

Los artículos del Decreto 2618 de 1991 que son objeto de la demanda se transcriben a continuación, subrayando las partes de su texto que son controvertidas:

"DECRETO NUMERO 2618 de 1991

"(noviembre 19)

"por el cual se reglamenta el servicio de banda ciudadana

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

"DECRETA:

"Artículo 1o. El servicio de banda ciudadana es un servicio especial de telecomunicaciones que tiene por objeto atender necesidades de carácter cultural o científico del operador, *y permite sólo la telecomunicación de voz a corta distancia*, en la forma y condiciones establecidas en este Decreto, *sin posibilidad alguna de suministrar servicios a otras personas ni comercializar su servicio*".

"Artículo 3o. El operador del servicio de banda ciudadana podrá hacer transmisiones en las frecuencias, tipo de emisión y potencia establecidas en este Decreto.

"En todo caso los operadores del servicio deberán utilizar un lenguaje decoroso y cortés, *estando prohibidas todas aquellas transmisiones destinadas al público*, retransmisiones de otros servicios autorizados de telecomunicaciones, o sobre temas religiosos, políticos, de seguridad nacional o música".

"Artículo 6o. Los prestatarios del servicio de banda ciudadana *no podrán en ningún caso utilizar repetidoras*, o cualquier otro equipo capaz de amplificar la señal *o interconectarse con las redes telefónicas*".

"Artículo 8o. *La violación de lo dispuesto en los artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de este Decreto dará lugar a cancelación definitiva de la licencia y a la imposición de multas hasta por una suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales*".

"Artículo 17. Además de las infracciones establecidas en el Decreto Ley 1900 de 1990 y en los capítulos anteriores, a los prestatarios del servicio especial de banda ciudadana les está prohibido:

"...

"4. *Transmitir señales internacionales de socorro o la palabra MAYDAY o similares.*

"6. *Efectuar transmisiones dirigidas al público*".

"Artículo 18 *Las infracciones establecidas en este Decreto serán sancionadas por el Ministerio de Comunicaciones según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión, así:*

"1. *Multas hasta por una suma equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

"2. *Cancelación definitiva de la licencia*".

b. Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 7 y 8 Cdno. No. 1).

1. La Ley 72 de 20 de diciembre de 1989 determinó "nuevos conceptos de principios sobre la organización y el régimen de concesión de los servicios de telecomunicaciones", además que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por un término de ocho (8) meses a partir de su vigencia, valga decir, desde el 20 de diciembre de 1989, para que con base en el numeral 5o. de su artículo 14, "reforme las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de que trata el artículo 1o. de la presente ley", en el cual, entre otros, figuran los servicios de telecomunicaciones.

2. El Presidente de la República, en desarrollo de las facultades otorgadas por la misma Ley 72 de 1989, expide el Decreto 1900 de 19 de agosto de 1990, "por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines", no sin antes tener en cuenta el concepto previo que rindió la comisión asesora creada con fundamento en el artículo 16 de la mencionada ley.

3. Las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por la Ley 72 de 1989 expiraron el día 20 de agosto de 1990.

4. El Gobierno Nacional, en base al ordinal 11o. del artículo 189 de la Constitución de 1919, expide el Decreto 2618 de 19 de noviembre de 1991.

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. 8 a 13, 88 a 92 Cdno. 1):

Primer cargo: Violación del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, toda vez que dicho artículo "redefinió los conceptos, principios y reglas que rigen las telecomunicaciones en Colombia", a la vez que con fundamento en el artículo 76 numeral 12 de la Constitución de 1887 otorgó facultades extraordinarias al gobierno por un término de ocho (8) meses a partir de su vigencia, valga decir del 20 de diciembre de 1989 y hasta el 20 de agosto de 1990 para que "...5. Reforme las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de que trata el artículo 1o. de la presente ley", entre los que se incluyen los relativos a las telecomunicaciones.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en su artículo 189 numeral 11, dispone lo atinente al ejercicio de la potestad reglamentaria, de forma que el estatuto de las telecomunicaciones, valga decir, tanto la Ley 72 de 1989 como el Decreto 1900 de 1990, pueden ser perfectamente reglamentados "sin que las medidas que en ellos se adoptan para el cumplimiento de la ley que reglamentan puedan modificar o adicionar, ni menos contratar en ningún sentido, el contenido de las leyes que está obligado a cumplir y hacer cumplir mediante tales instrumentos".

Por consiguiente, considera el actor, el Gobierno mal podría haber expedido el decreto parcialmente demandado por cuanto en primer lugar las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas ya habían expirado, además que con el citado decreto reglamentario se "modificaba y adicionaba el estatuto legal ya mencionado".

Segundo cargo: Violación del numeral 10 del artículo 189 de la Constitución Política y 25,33 y 52, numeral 4, del Decreto 1900 de 1990, como quiera que el Gobierno con la expedición del Decreto 2618 de 1991 "en vez de reglamentar la ley, está legislando sin tener poder para ello", lo que se evidencia con los siguientes hechos:

—El Decreto 1900 de 1990, en su artículo 33 define los servicios especiales de telecomunicaciones "los que están dedicados a satisfacer, sin ánimo de lucro ni comercialización alguna, necesidades de carácter cultural o científico del operador, incluyendo expresamente entre tal clase de servicios el de radioaficionados".

De esta forma, el artículo 1o. del Decreto 2618 modifica tal definición de manera ostensible, toda vez que la limita y restringe al determinar que los operadores especiales de telecomunicaciones solo pueden utilizar tal servicio para sí mismos "mediante telecomunicación de voz a corta distancia", excluyéndose con esto la posibilidad de prestar el mencionado servicio a otras personas o en distintas circunstancias o condiciones que sí cobijaría el artículo 33 del Decreto 1900 de 1990. Sencillamente, al parecer del accionante, el Gobierno con potestad reglamentaria no tenía facultades para modificar la citada definición.

—A su vez el artículo 3o. del Decreto 2618 adolece de la misma precariedad, por cuanto establece una prohibición inexistente en la Ley 72 de 1989 y en el Decreto 1900 de 1990, valga decir la de realizar transmisiones destinadas al público y usar retransmisiones para otros servicios autorizados de telecomunicaciones, lo cual no es viable realizarlo a través de un reglamento administrativo.

—En igual violación incurre el artículo 6o. del Decreto acusado al estatuir como prohibición para los prestatarios del servicio de banda ciudadana el "utilizar repetidoras" o "interconectarse con las redes telefónicas".

—Además de lo anterior, resultan para el accionante ilegales los numerales 4 y 6 del artículo 17 del Decreto 2618 de 1991 al establecer a título de prohibición la de transmitir señales internacionales de socorro y llevar a cabo transmiciones dirigidas al público, pues con ello se determinan infracciones que solo podrían estatuir el Congreso o el mismo Gobierno en uso de facultades extraordinarias, pero nunca este último mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que sería considerarlo como "equiparable a la legislativa, en tanto su carácter es el de una actuación administrativa de tipo puramente ejecutivo".

—Con respecto al artículo 18 del Decreto acusado, estima el actor que no era procedente la fijación de las multas allí contenidas por las mismas razones anotadas, con el agravante de que con la mencionada norma se omitieron y eliminaron sanciones establecidas en el Decreto 1900 de 1990.

Tercer cargo: Violación del artículo 113 de la Constitución Política, por cuanto con el Decreto 2618 se establecen sanciones por la transgresión de los artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de la misma normatividad, y como quiera que la materia toca "con las libertades y derechos constitucionales de los administrados", solo puede ser objeto de disposiciones de jerarquía legal.

De igual forma, carece de lógica concebir el hecho mismo de que quien ejecute las leyes estatuya a la vez las penas administrativas, pues con ello no se hace otra cosa que amalgamar la función legislativa a la ejecutiva, violando así el artículo 113 de la Constitución Política de 1991.

Cuarto cargo: Violación de los artículos 84 y 152 literal a. de la Constitución Política, toda vez que con los artículos acusados, excepción hecha del 8o. y del 18 del Decreto 2618 de 1991, se aumentan y establecen requisitos nuevos y exigencias adicionales a las previstas en el Decreto 1900 de 1990 en cuanto a la comunicación que desarrollen los operadores de banda ciudadana, transgrediendo aquella disposición de orden superior según la cual "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.

Por consiguiente, y frente al mencionado artículo 84, los artículos 1o., 3o., 6o. y 17 no pueden considerarse como reglamentación general, ya que tal Decreto no es de carácter legislativo; sino que, como se ha manifestado reiteradamente, su naturaleza es básicamente de "regulación administrativa del Decreto 1900".

Ahora bien, en este orden de ideas, y en concordancia con el artículo 152 literal a. de la Constitución Política, solamente mediante ley pueden reglamentarse derechos, más no lo puede hacer la autoridad administrativa, toda vez que por la disposición aludida esta facultad o competencia radica exclusivamente en cabeza del Congreso, bajo la única y estricta forma de ley estatutaria.

Posteriormente el accionante al atacar las argumentaciones contenidas en la contestación de la demanda desestima aquella referente a una presunta y válida competencia del Gobierno para expedir medidas de carácter legislativo por el escueto hecho de que por la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990 se le hayan otorgado facultades de planificación, control y regulación de los servicios de telecomunicaciones, al considerar ese argumento "completamente contrario a nuestra concepción constitucional sobre la separación de las funciones legislativa y administrativa, y, en especial, a lo que la jurisprudencia ha establecido respecto de la potestad de reglamentación del Gobierno".

En efecto, no se puede concebir que en el caso debatido, dicha facultad se derive del artículo 14 de la Ley 72 de 1989, pues ella es simplemente el ejercicio de una competencia constitucional.

Así mismo, se evidencia el desbordamiento por parte del Gobierno de las atribuciones constitucionales, punto de discusión, toda vez que al expedir el Decreto 2618 de 1991 no sólo adoptó medidas necesarias para hacer cumplir la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, sino además reglamentó la Ley 46 de 1985, aprobatoria del reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Interamericana de Telecomunicaciones.

Con respecto al argumento de la parte demandada en cuanto a que le sirven de fundamento y se reproducen tales normas en el decreto acusado, considera el actor que se están confundiendo y mezclando disposiciones de diferente naturaleza y jerarquía, lo que conlleva a la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria "ya que la validez y fuerza de las normas legales reproducidas es independiente de las medidas gubernamentales y no puede quedar devaluada por su incorporación en un estatuto de rango inferior".

En cuanto a la argumentación de la demandada referente a que el Decreto 1900 de 1990 al señalar los aspectos comunes y las finalidades de los servicios de telecomunicaciones dejó abierta las clasificaciones, para que el gobierno lo reglamentara posteriormente, considera el accionante que es precisamente con tal hecho que se evidencia el desbordamiento de las facultades reglamentarias, porque dicha potestad en ningún momento puede incluir o comprender aquella de complementar, perfeccionar o agregar elementos a la ley, pues "el reglamento administrativo no es desarrollo de la ley, sino instrumento para su aplicación".

Por otra parte, tampoco podría el gobierno en ejercicio de la potestad mencionada, realizar compilación de disposiciones de carácter legislativo o procedentes de estatutos de orden internacional, pues ello sería tanto como ir en contraposición a su naturaleza de actuación administrativa de carácter general que posee por sí misma la facultad reglamentaria.

d. Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresó, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 46 a 54 y 93 a 96 Cdno. No.1):

Con respecto a la presunta violación del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, valga decir el primer cargo, existe imprecisión por parte del accionante, pues sus argumentos en cuanto al concepto de violación no tienen relación alguna con el texto de la citada norma.

Con relación al segundo cargo la defensa considera en primer lugar que el actor se quiso referir más bien al ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que al ordinal 10 de la misma norma, lo cual se deduce de sus afirmaciones contenidas en la demanda.

En cuanto al Decreto 2618 de 1991, se fundamenta jurídicamente en la facultad reglamentaria que tiene el Presidente de la República, consagrada en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución.

Ahora bien, la naturaleza reglamentaria de dicho Decreto se evidencia con el análisis de las siguientes normas: Arts. 1o., 5o., 12, 18, 19, 27 del Decreto 1900 de 1990, en el que de manera taxativa y general se clasifican los servicios de telecomunicaciones en "básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y *especiales*" (subrayado es de la defensa), clasificación que se realizó con base en sus finalidades y caracteres comunes.

Conforme a lo dicho, los tipos de servicios mencionados fueron determinados expresa y taxativamente por la ley, mientras los servicios que ellos comprenden no fueron limitados por el legislador sino, por el contrario este "dejó abierta la clasificación a fin de permitir la adecuación de futuros nuevos servicios dentro de la clasificación genérica", lo cual se deduce fácilmente de la lectura de los artículos 28, 29, 30, 31, 32 y 33 del mismo Decreto 1900 de 1990 en donde se indica a título de ejemplo algunas modalidades de servicios, precedidos de la expresión "entre otros", permitiendo con ello la posibilidad de acoger aquellas que representen similar carácter y finalidad.

De otra parte, se advierte que el artículo 51 del Decreto 1900 consagra que el Ministerio de Comunicaciones podrá imponer sanciones cuando se produzcan violaciones "a las normas contenidas en el presente Decreto y sus *reglamentos*" (subrayas de la defensa). A su vez, el artículo 52 numeral 11 de la misma normatividad prevé como infracciones, aparte de las consagradas en otros estatutos, la de "*cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones*" (subrayas de la defensa).

Además de lo anterior, el artículo 53 del Decreto 1900 de 1990 establece una serie de sanciones para las personas naturales que hayan incurrido en alguna de las infracciones contenidas en el artículo 52, destacando la parte demandada aquellas

de "multas hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos mensuales" y "cancelación de la licencia".

Así pues, tras el análisis normativo mencionado, es menester concluir, que con la expedición del Decreto 2618 de 1991 en momento alguno se ha excedido la facultad reglamentaria, toda vez que con el mismo sencillamente se regula la forma como se puede hacer uso de un servicio definido en forma genérica en el Decreto 1900 y máxime si se tiene en cuenta que la potestad aludida debe ser comprendida y aplicada "en armonía con las funciones que el Decreto 1900 de 1990 en sus artículos 1o., 5o., 12, 18, 25, 52, 55 y 64, le asigna al Gobierno Nacional, entendido este de conformidad con la acepción que le atribuye el artículo 115 de la Constitución Política".

En este orden de ideas, las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones las debe ejercer el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Comunicaciones con base en la clasificación de servicios por sus caracteres comunes y finalidades, al tiempo que con ello se cumple lo dispuesto en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T., en cuanto "Todo departamento o servicio gubernamental es responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Internacional de Telecomunicaciones", suscrito en Nairobi el 6 de noviembre de 1982, y el mencionado "Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", adoptado el 6 de diciembre de 1979, en Ginebra.

Otras razones adicionales complementan los argumentos expuestos por la parte demandada, a saber:

Como quiera que el Gobierno es la autoridad ante la cual se gestiona la obtención de licencias y permisos, corresponde a éste por consecuencia la regulación, planificación y control de los servicios de telecomunicaciones.

Tanto el Decreto 1900 de 1990 como el Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones contienen en sí mismos las conductas determinadas en el Decreto 2618 de 1991.

En cuanto al artículo 1o. del Decreto 2618 de 1991, que según el actor modifica la definición consagrada en el artículo 33 del Decreto 1900 de 1990, considera la defensa que al cotejarse dichas normas se deduce cómo el artículo acusado simplemente recoge las finalidades y características dentro de las cuales se tipifica un servicio como especial, no solo dentro de los parámetros del mismo artículo 33, sino también en consideración a la definición que en el mismo sentido hacen las reglamentaciones internacionales ya citadas, adoptadas e incorporadas a la legislación nacional por la Ley 46 de 1985 y en especial las de la parte a, capítulo I, artículo 1o., Sección III, numeral 57 del Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 21 y 64 del Decreto 1900 de 1990. De tal manera que con base en ello se determinó a través de la norma acusada una clase o modalidad específica de servicio especial, como es la de la banda ciudadana, con su carácter de servicio de radicomunicaciones cerrado al público, dentro del marco fijado por normas superiores, desvirtuando con ello

la demanda el acusado desbordamiento de las facultades reglamentarias, en cuanto la alegada redefinición, adición de términos, procedimientos y sanciones establecidos en el Decreto 1900 de 1990, a los cuales hace alusión el actor.

Con respecto al artículo 17 del Decreto 1900 de 1990, que señala las infracciones o prohibiciones, no se ha violado con ello la facultad reglamentaria pues son un "simple desarrollo de la restricción que establece el Reglamento de Radiocomunicaciones para abrir los servicios especiales a la correspondencia pública, como mecanismo idóneo para lograr la distinción jurídica y técnica de los servicios y el cumplimiento de las normas de esos caracteres en cada una de ellas", buscándose con ello limitar a los operadores del servicio de banda ciudadana en cuando a las conductas que impliquen "servicio público de telecomunicaciones a terceros", restringiendo de paso su utilización a la satisfacción de necesidades personales con carácter científico o cultural, de conformidad con la Ley 46 de 1985 y el Decreto 1900 de 1990.

En cuanto al cargo tercero se argumenta que las conductas consideradas como violaciones en el artículo 17 del Decreto 2618 de 1991 ya se encontraban contenidas tanto en el artículo 52 del Decreto 1900 de 1990 como en el Reglamento de Comunicaciones de la U.I.T. Así pues, la prohibición del primer numeral del mencionado artículo 17 se deriva de los numerales, 1, 2, 3, 4, 5 y 11 del artículo 52 del Decreto 1900 de 1990.

El segundo numeral del artículo 17 del Decreto 2861 de 1991 a su vez, tiene como sustento jurídico los numerales 2731, 2733 y 2737 del artículo 52 (sic) (debe leerse 32), Sección I, capítulo VIII, parte B y numeral 2802 del artículo 34 del Reglamento de Radiocomunicaciones.

Con respecto al numeral tercero, la prohibición allí contenida se deriva del artículo 33 del Decreto 1900 de 1990.

En lo atinente al numeral quinto encuentra fundamento en los ordinales 9o. y 11 del artículo 52 del Decreto 1900 de 1990.

Con relación al numeral sexto, el mismo halla su razón de ser en "los artículos transcritos de la Reglamentación de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones".

De otro lado, en cuanto a las sanciones a imponer consagradas en el artículo 18 del Decreto 2618, se estima que son las mismas que determina el artículo 53 del Decreto 1900 de 1990, por lo que la aludida norma "no crea dichas sanciones, sino que se limita a reproducirlas".

En relación con el cuarto cargo considera la parte demandada que no se configuran con los artículos acusados requisitos y condiciones adicionales a las previstas en el Decreto 1900 de 1990, toda vez que tales requisitos y condiciones ya se encuentran contenidos en el Reglamento de Radiocomunicaciones.

e. La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de fecha 9 de abril de 1992, se admitió la demanda (fl. 15 Cdno. No.1).

Mediante proveído de 5 de junio de 1992 se tiene por contestada la demanda, se reconoce personería a la apoderada del Ministerio de Comunicaciones y no se decretan como pruebas las solicitadas por la parte demandada (fl. 85 Cdno. No. 1).

Por auto de 26 de junio de 1992 se corre traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 87 ibidem).

La señora Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se desprende claramente de los diversos cargos aducidos en la demanda, la controversia planteada en este proceso se centra en el ejercicio del poder reglamentario por parte del Presidente de la República al expedir el acto acusado (Decreto 2618 de 1991), del cual hacen parte las disposiciones demandadas. En efecto, todos los cargos, desde diferentes perspectivas, tienden a demostrar que el Presidente de la República, al expedir las disposiciones demandadas, desbordó los límites de la Ley 72 de 1989, el Decreto-Ley 1900 de 1990 y, consecuentemente, algunas disposiciones de la Constitución Política de 1991, como consecuencia de la violación de aquellas disposiciones legales.

Sobre este tema de la potestad reglamentaria expresa el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política de 1991:

> "*Artículo 189*. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad Administrativa:
>
> "...
>
> "11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

El contenido de esta norma es similar al del numeral 3 del artículo 120 de la Constitución anterior, sobre el cual, y en general sobre el contenido de la facultad reglamentaria, se ha pronunciado en diversas ocasiones esta Corporación con el fin de determinar su naturaleza y sus límites.

Ejemplos de esos pronunciamientos son los siguientes:

> "El decreto reglamentario, cuyo sustento y marco de validez es la ley, tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aquellos aspectos o detalles que aquél no consideró necesario regular por no ser de carácter sustancial o escapar a

las fórmulas sintéticas, pero conceptualmente densas y comprensivas, de una regla de derecho de esa categoría" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto de 27 de febrero de 1984. Consejero Ponente: doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente No. 10824. Anales, primer semestre de 1984).

"No puede entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla, ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley, sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó".

"En suma, el reglamento es un desarrollo de la ley y sus alcances se mantienen esencialmente dentro de los límites de ella".

"La potestad reglamentaria, es de la esencia de la función administrativa, como lo ha reiterado el Consejo de Estado, ya que sin ella no podría encontrar desarrollos en la práctica. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 23 de noviembre de 1984. Consejero Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente No. 4429).

"El decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario. Pero nada más que de eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que dispongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exhorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar" (Anales Consejo de Estado, tomo LXIV, números 397 y 398, 1962, pág. 54).

En consecuencia, dentro del marco de las anteriores ideas procederá la Sala a analizar cada una de las disposiciones acusadas, a fin de establecer si corresponden o no al legítimo ejercicio de la potestad reglamentaria y eventualmente si violan alguna otra de las normas constitucionales citadas por el actor.

Primera norma acusada: El artículo 1o. del Decreto 2618 de 1991, en cuanto, al referirse al servicio de banda ciudadana, *permite sólo la telecomunicación de voz a corta distancia, sin posibilidad alguna de suministrar servicios a otras personas ni comercializar el servicio.*

Según el actor, las partes subrayadas violan los artículos 5o. de la Ley 72 de 1989 y 33 del Decreto 1900 de 1990, debido a que modifican sustancialmente,

restringiéndola, la definición de los servicios especiales de telecomunicaciones contenida en la segunda de las normas citadas.

El citado artículo 33 del Decreto 1900 de 1990 expresa:

> "**Artículo 33.** Servicios especiales son aquellos que se destinan a satisfacer, sin ánimo de lucro ni comercialización en cualquier forma, necesidades de carácter cultural o científico.
>
> "Forman parte de estos servicios, entre otros, el de radioaficionados, los experimentales y los relacionados con la investigación industrial, científica y técnica".

Al hacer la confrontación entre el artículo 1o. del Decreto 2618 y 1991 y el artículo 33 del Decreto-Ley 1900 de 1990, la Sala encuentra que le asiste razón parcialmente al actor, de acuerdo con los siguientes razonamientos:

a. A través del Decreto Reglamentario 2618, el Gobierno consideró que el servicio de banda ciudadana, no mencionado expresamente en la enumeración de los servicios especiales que a título de ejemplo hace el artículo 33 del Decreto 1900 de 1990, era uno de ellos, sin que esta determinación esté controvertida.

b. Siendo un servicio especial, sus características legales, de acuerdo con el citado artículo 33, consisten en que se destinan a satisfacer necesidades de carácter cultural o científico, sin ánimo de lucro ni comercialización en cualquier forma.

c. De las citadas características, el artículo 1o. del Decreto 2618 reconoce expresamente la de tener por objeto atender necesidades de carácter cultural o científico y la de su imposibilidad de comercializar el servicio. Sin embargo, agrega dos características o condiciones que no están previstas en el a 33 del Decreto 1900 de 1990: la de que ese servicio "permite sólo la telecomunicación de voz a corta distancia" y la imposibilidad "de suministrar servicios a otras personas", por lo cual estas dos últimas condiciones parecerían desbordar el marco de la norma legal reglamentada.

No obstante lo anterior, como la apoderada del Ministerio de Comunicaciones lo hace notar, debe entenderse que el Decreto 2618 de 1991 no solamente se expidió para reglamentar el Decreto-Ley 1900 de 1990, sino como es natural, las demás leyes vigentes sobre la materia, entre las cuales se encuentra la 46 de 1985, en virtud de la cual se aprueban el "Convenio de Telecomunicaciones" firmado en Nairobi el 6 de noviembre de 1982 y el "Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", adoptado en Ginebra el 6 de diciembre de 1979.

A este respecto, vale la pena resaltar que el artículo 64 del Decreto-Ley 1900 de 1990 establece que

> "Para los efectos a los que haya lugar, las definiciones técnicas en materia de telecomunicaciones serán las adoptadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones y los demás organismos internacionales competentes, de los cuales forme parte Colombia en virtud de tratados o de convenios

internacionales, o los adoptados (sic) por el Ministerio de Comunicaciones mediante resolución, en lo no regulado por aquellos".

De tal manera que siendo aplicables los citados Convenio y Reglamento por remisión de la última norma transcrita , se encuentra que en la Parte A, Capítulo 1, Artículo 1, Sección III, numeral 57 del Reglamento del Radiocomunicaciones de la U.I.T. se define el servicio especial como el "servicio de radiocomunicación no definido en otro lugar de la presente sección, destinado exclusivamente a satisfacer necesidades determinadas de interés general y no abierto a la correspondencia pública". A su vez, en la Sección V, numeral 110, se define como correspondencia pública "toda telecomunicación que deban aceptar para transmisión de oficinas y estaciones por el simple hecho de hallarse a disposición del público".

Si ello es así, quiere decir que a pesar de que el artículo 33 del decreto-Ley 1900 no incluya entre las características de los servicios especiales la imposibilidad de "suministrar servicios a otras personas , esta característica resulta de la definición citada contenida en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T., aprobado por la Ley 46 de 1985, por lo cual en ella encuentra su sustento legal esta limitación contenida en el artículo 1o. del Decreto 2618 de 1991, no pudiendo, por tanto, predicarse la violación del ejercicio de la potestad reglamentaria.

No sucede lo mismo con la limitación consistente en que el servicio de banda ciudadana "permite solo la telecomunicación de voz a corta distancia", ya que dicha limitación no se encuentra ni en la Ley 72 de 1989, ni en el Decreto-Ley 1900 ni en las normas del Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T. aducidas en su defensa por la parte demandada sobre este tema, ya que estas últimas, como la misma apoderada lo reconoce, se refieren a los servicios de aficionados y de estaciones experimentales, que habrían sido aplicadas y desarrolladas por analogía, sin que exista ninguna razón válida para esta pretendida aplicación analógica.

En consecuencia, se decretará la nulidad de la expresión "... y permite solo la telecomunicación de voz a corta distancia...", contenida en el artículo 1o. del Decreto 2618 de 1991.

Segunda norma acusada: El artículo 3o. del Decreto 2618 de 1991 en cuanto prohibe todas aquellas transmisiones destinadas al público. La Sala considera que por las mismas razones por las cuales se llegó a la conclusión de la legalidad de la imposibilidad de suministrar servicios a otras personas, contenidas en el artículo 1o., la prohibición a que se refiere este cargo tampoco debe prosperar.

Tercera norma acusada: El artículo 6o. del Decreto 2618 de 1991, en cuanto establece que los prestatarios del servicio de banda ciudadana *no podrán en ningún caso utilizar repetidoras o interconectarse con las redes telefónicas.*

De acuerdo con las análisis anteriores, por tratarse prohibiciones no establecidas ni en la Ley 72 de 1989 ni en el Decreto-Ley 1900 de 1990, así como tampoco resultan de las normas del Reglamento de Radiocomunicaciones de la U.I.T.

aducidas en su defensa por la parte demandada, procede la nulidad de las expresiones "...repetidoras, o ..." y "...o interconectarse con las redes telefónicas...", de acuerdo la pretensión del actor y con las correcciones necesarias para conservar el sentido gramatical de la norma.

Cuarta norma acusada: El artículo 8o. en su integridad, por establecer las sanciones que se deben aplicar en caso de infracción de otras normas del mismo decreto, lo cual solo puede ser objeto de disposiciones de rango legal, por tocar con las libertades y derechos constitucionales de los administrados, violándose así el artículo 113 de la Constitución Política sobre separación de funciones entre las ramas del público.

En relación con este cargo, la Sala encuentra que le asiste razón a la parte demandada cuando hace notar que las sanciones establecidas tanto en el citado artículo 8o. como en el 18 del Decreto acusado tienen pleno respaldo en la ley.

En efecto, de una parte, el artículo 52 del Decreto-Ley 1900 de 1990 tipifica una serie de infracciones al ordenamiento de las telecomunicaciones, entre las cuales se encuentran "la violación o el desconocimiento de los derechos y deberes consagrados en este estatuto" (numeral 10), y "cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones" (numeral 11).

De otra parte, el artículo 53 del mismo Decreto 1900 de 1990 establece las sanciones que proceden contra las personas que incurran en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior, entre las cuales están expresamente incluídas la de "multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales" y la de "cancelación de la licencia", entre otras.

En consecuencia, la simple referencia a esas normas legales vigentes implica que este cargo no tiene fundamento válido y, por lo tanto, no prospera.

Quinta norma acusada: El artículo 17 del Decreto 2618 de 1991, en cuanto establece que además de las infracciones establecidas en el Decreto-Ley 1900 de 1990 y en las demás normas del mismo decreto reglamentario, a los prestatarios del servicio especial de banda ciudadana les está prohibido "transmitir señales internacionales de socorro o la palabra MAYDAY o similares (numeral 4) y "efectuar transmisiones dirigidas al público" (numeral 6).

En relación con la prohibición del numeral 6, asiste razón a la parte demandada en cuanto expresa que dicho numeral "encuentra su razón de ser en los artículos transcritos de la Reglamentación de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones". En efecto, al analizar la legalidad del artículo 1o. del decreto demandado se encontró el fundamento legal de la prohibición más general "de suministrar servicios a otras personas", a lo cual se remite la Sala para considerar que no prospera esta parte del cargo.

Respecto de la prohibición contenida en el numeral 4. del artículo 17 del Decreto 2618 de 1991, la Sala no encuentra su fundamento legal ni en la Ley 72 de 1989, ni en el Decreto-Ley 1900 ni en las normas del Reglamento de Radiocomu-

nicaciones citadas en su defensa por la parte demandada sobre este tema, ya que la apoderada del Ministerio de Comunicaciones pretende sustentar la defensa de este punto en el artículo 5o. del Decreto 1900 que otorga el Gobierno las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, sin que en sentir de la Sala estas funciones genéricas puedan sustentar válidamente la prohibición aquí analizada. En consecuencia, prospera el cargo en cuanto a este numeral.

Sexta norma acusada: El artículo 18 del Decreto 2618 de 1991, en su totalidad, por establecer también sanciones por las infracciones previstas en el mismo decreto.

Si se tiene en cuenta que las sanciones previstas en este artículo son las mismas indicadas en el artículo 8o., es evidente que el cargo no puede prosperar por las mismas y sencillas razones expresadas anteriormente al analizar el cargo planteado contra el citado artículo 8o.

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. DECLARASE la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto 2618 de 1991, expedido por el Presidente de la República.

a) La expresión "...y permite solo la telecomunicación de voz a corta distancia", contenida en el artículo 1o.

b) Las expresiones "...repetidoras, o..." y "...o interconectarse con las redes telefónicas...", contenidas en el artículo 6o.

c) El numeral 4o. del artículo 17.

Segundo. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Tercero. 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 18 del expediente, los cuales no fueron utilizados.

Cuarto. En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Atribuciones/ **CONTROL FISCAL**-Límites/**FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS/FONDO NACIONAL DEL CAFE**

Las funciones de vigilancia que corresponde cumplir a la Contraloría General de la República sobre la inversión que de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café disponga la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, se encuentran limitadas y circunscritas a la revisión y fenecimiento de las cuentas periódicas que dicha entidad de carácter privado le rinda. No cabe predicar la extensión del control fiscal, basándose en la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, que se invoca en los considerandos del acto acusado y, en tal virtud, hacer nugatorios los mandatos contenidos en normas especiales y superiores. Nada más extraño a nuestro ordenamiento jurídico que la extensión del control fiscal de la Contraloría General de la República a empresas de carácter privado en las cuales se han realizado inversiones de dinero por parte del Estado, pues siendo una verdad innegable que ni su capital ni sus activos, por ese solo hecho, constituyan bienes fiscales, su administración o manejo no pueden ser considerados como gestión fiscal.
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

DEMANDA-Requisitos/**PARTES**-Designación/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

En las acciones de nulidad, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad o igualdad, no se trata propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular a la entidad que expidió el acto, a fin de lograr el cumplimiento de su obligación de salir a su defensa. Pero en estricto sentido, en evento como el presente es la ley quien establece las "partes" y en este caso no queda duda de que lo es la Nación, así no se le señale expresamente, representada en este caso por el Contralor Ge-

neral de la República, funcionario de la mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto, y quien ha sido llamado al proceso y se ha hecho representar. *DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011168 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.*

DEMANDA-Ineptitud/ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/SENTENCIA INHIBITORIA

El oficio demandado no contiene ninguna decisión, que es la característica fundamental del acto administrativo, ya que se limita a "presentar" a unos funcionarios para visitar la entidad en cumplimiento de la resolución demandada. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que la demanda sea inepta, sino simplemente que el citado oficio no es enjuiciable y que, por lo mismo, la Sala deberá declararse inhibida para hacer un pronunciamiento respecto de su legalidad.
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 011168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expedientes acumulados Nos. 21, 179, 605 y 279. Actores: *Simón Castro Benítez, Alvaro Esguerra Castillejo, Carmen Elvira Reyes Rodríguez y Flota Mercante Grancolombiana S.A.*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas por los ciudadanos Simón Castro Benítez (exp. No. 21), Alvaro Esguerra Castillejo (exp. No. 179), Carmen Elvira Reyes Rodríguez (exp. No. 605) y por la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S.A. (exp. No. 279), respectivamente, contra la Resolución No. 011168 del 22 de mayo de 1985, proferida por el Contralor General de la República, las tres primeras, y contra esta misma Resolución y el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985, expedidos por el señalado funcionario oficial, la última de las enunciadas demandas.

I. ANTECEDENTES

a. El tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los citados ciudadanos, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. demandan ante esta Corporación la nulidad de la preanotada Resolución, y la Sociedad Anónima Flota Mercante Grancolombiana, ejercitando la acción consagrada en el artículo 85 del mencionado Código, solicita la declaración de nulidad del "acto administrativo complejo integrado por la Resolución No. 011168 del 22 de Mayo de 1985.." y por el "oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985..." y el restablecimiento del derecho violado con dicho acto, "ordenando el retiro de los Funcionarios de la Contraloría General de la República que efectúan la gestión de vigilancia fiscal y empresarial en la demandante, y la devolución de toda la documentación que hayan obtenido, así como la entrega a la demandante de todos los informes y conceptos que haya elaborado en el ejercicio de la actuación demandada" (fls. 1 del Cdno. No. 2 del expediente 21; 1 del expediente 179; 3 el expediente 605 y 106 y 107 del expediente 279).

b. Los actos acusados

Son los indicados en los párrafos anteriores y conforme a la discriminación precisada en el literal a. que antecede. Aparecen aportados por los demandantes así: en el expediente 21, en el cuaderno No. 2, a folio 106 a 109; en el expediente 179, a folios 32 a 35; en el expediente 605, al folio 1 que contiene separata de la GACETA de la Contraloría General de la República donde se publica la Resolución acusada en las páginas 58 y 59; y en el expediente 279, donde se demanda no sólo la resolución sino también el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985 y en el cual es demandante, como ya se dijo, la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a fls. 91 a 95.

Mediante la resolución acusada, el Contralor General de la República "reglamenta la vigilancia de las inversiones del Fondo Nacional del Café", para lo cual, en su artículo 1o. establece un sistema de vigilancia de dichas inversiones "en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado". El contenido de los demás catorce artículos que hacen parte de la resolución, tiene que ver con la reglamentación de dicho sistema de vigilancia.

c. Los hechos de las demandas

Los hechos que los actores citan como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así:

En el expediente distinguido con el No. 21, podría decirse simplemente, y esto a manera de deducción, que el hecho único cuya existencia afirma es la expedición del acto acusado y su puesta en vigencia de manera irregular.

En el expediente radicado bajo el No. 179, se afirma por el actor que los únicos hechos son la existencia de la resolución impugnada y la existencia y naturaleza mercantil y de derecho privado de las sociedades que tal resolución denomina "empresas complementarias de la industria cafetera distintas de las de naturaleza financiera" (fl. 1)

En el expediente numerado con el 605, la actora consigna como fundamentos fácticos las circunstancias siguientes:

a) El haber resuelto el Contralor General de la República mediante el acto objeto de la demanda, ejercer vigilancia no sólo fiscal sino también empresarial en las empresas complementarias de la industria cafetera, y

b) No existir definición legal de la institución Empresa Complementaria de la industria cafetera, por lo cual considera que la resolución censurada ha extendido un poder conferido en la Federación Nacional de Cafeteros a unos entes sin regulación jurídica conocida (fls. 3 y 4).

Y en el expediente radicado bajo el número 279, se precisan los siguientes:

1. Se constituyó en Bogotá la sociedad Flota Mercante Grancolombiana S.A., cuyos accionistas principales fueron en su orden: Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Compañía Nacional de Navegación de la República de Colombia; Banco Agrícola y Pecuario de Venezuela y Banco Nacional de Fomento de la República del Ecuador, con domicilios legales en las ciudades de Caracas y Quito, además del principal en la ciudad de Bogotá, junto con una serie de personas naturales de los tres países, que aportaron un pequeño número de acciones, cada una, según se puede ver en el acto constitutivo.

2. En la actualidad la mayoría de las acciones de la empresa demandante pertenecen a personas jurídicas de las Repúblicas de Colombia y del Ecuador, las primeras de carácter privado, la segunda del propio Estado Ecuatoriano, pero también hay numerosos inversionistas venezolanos y ecuatorianos, personas naturales. La calidad de multinacional de la empresa se ha conservado hasta la fecha y sus modificaciones por variación de capital se han sujetado a las reglas del Acuerdo de Cartagena, del Grupo Andino, desde el establecimiento de los respectivos mecanismos subregionales de control.

3. LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. se halla matriculada e inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, de cuyo certificado de existencia y representación legal que obra a folios 76 a 84 se compendia su objeto social, así:

a. Organizar, fomentar, regularizar, explotar industrial y comercialmente servicios de transporte marítimo, fluvial y de cabotaje, tanto de carga como de pasajeros y semovientes entre el exterior y los puertos habilitados y otros sitios de Colombia y del Ecuador; entre países extranjeros y entre puertos colombianos y ecuatorianos, lo mismo que la operación de servicios relacionados con el transporte internacional aéreo y terrestre de carga y semovientes.

b. Comprar y vender, importar y exportar cualquier clase de bienes y mercancías relacionados con el negocio.

c. Establecer dentro de las tres repúblicas nombradas y en el extranjero, agencias, sucursales y filiales técnicas y comerciales, y aceptar representaciones de entidades del mismo ramo y de ramos similares y complementarios.

d. Suscribir acciones o participar en cualquier otra forma en empresas o negocios que faciliten sus operaciones. La sociedad podrá incorporar en su seno otra u otras.

e. Fomentar el intercambio comercial entre los puertos marítimos y fluviales de los tres países aludidos y el transporte de carga de importación y exportación de dichos Estados, en forma que llegue a suplir las necesidades de los mismos en cuanto hace a transporte marítimo.

4. La Flota Mercante Grancolombiana S.A. tiene permiso definitivo de funcionamiento otorgado por la Superintendencia de Sociedades desde 1946, y está sometida a la vigilancia y control de ese organismo del Estado Colombiano.

5. La Flota Mercante Grancolombiana S.A. no ha recibido, ni recibe; no ha administrado, ni administra; no ha manejado, ni maneja, bienes de la República de Colombia, o de las Repúblicas del Ecuador y Venezuela, ni de ningún otro Estado o República; ni de sus entidades públicas o semioficiales que integraba el concepto de "Administración Pública" de dichos Estados o países.

6. El Contralor General de la República resolvió, mediante el acto objeto de la demanda, ejercer vigilancia no sólo fiscal sino también empresarial sobre la Flota Mercante Grancolombiana S.A., que es una sociedad comercial y no una "Empresa complementaria de la Industria Cafetera" ni mucho menos ha sido creada o adquirida por el Fondo Nacional del Café, si ello hubiere sido jurídicamente posible, que no lo es, porque éste es una cuenta especial y no una persona jurídica de quien pueda predicarse la expedición de actos jurídicos como el de crear, adquirir o invertir.

7. La comisión de funcionarios presentada al Presidente de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. por el Contralor General de la República, inició la gestión de vigilancia desde el 13 de junio de 1985, causando traumatismos legales, operativos y administrativos y afectando el normal desarrollo de las operaciones empresariales de la Flota.

8. Ni las Repúblicas de Venezuela o del Ecuador, ni sus funcionarios o agentes, han establecido vigilancia interna de tipo fiscal o administrativo hasta el presente, en la gestión de la empresa "FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, S.A.".

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Los demandantes consideran que con la expedición del acto o actos acusados, en su caso, se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a

continuación, expresadas tanto en sus demandas como en los respectivos alegatos de conclusión. Dada la presentación compleja y a veces desordenada de los cargos en algunas de las demandas la Sala los presentará de manera sistemática, extrayéndolos de los extensos memoriales que los contienen.

Expediente No. 21. (fls. 8 a 105 del Cdno. No. 1 y 35 a 45 del Cdno. No. 2):

El demandante señala como quebrantados los artículos 59, 60, 38, 20 y 2o. de la Constitución Nacional; 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972; 28 y 10o. de la Ley 20 de 1975, 61, 208 y 266 del Código de Comercio, y 43 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con los siguientes cargos.

Primer cargo. Consiste en que se le dió vigencia a la Resolución demandada sin hacerse su publicación como lo ordenan los artículos 43 del C.C.A. y 10 de la Ley 20 de 1975. El primero previene que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no sean publicados y el segundo establece específicamente que los actos administrativos de la Contraloría General de la República se consignarán en la Gaceta que la misma entidad editará y publicará por lo menos una vez al mes.

Contrariamente a lo dispuesto en la ley, se ordenó por el artículo 15 de la Resolución demandada su vigencia a partir de su expedición, constituyendo este proceder una violación directa y flagrante de las disposiciones legales aludidas (fls. 8, 9, 63 y 64 del Cdno. No. 2).

Segundo cargo. Considera el actor en este expediente que ha habido violación de los artículos 59 y 60-6 de la Constitución Política, por cuanto dichas normas ordenan la Contraloría General de la República ejercer el control fiscal de la Administración conforme a la ley. Y ésta, en el caso *sub exánime*, no es otra que la consagrada en los artículos 28 de la Ley 20 de 1975 y 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972. En efecto, dice el demandante, este artículo 28 dispone que el control fiscal de la Contraloría en la Federación Nacional de Cafeteros y en el Fondo Nacional del Café se debe hacer por las disposiciones de la Ley 11 de 1972, es decir, a contrario *sensu*, se ordena que no se haga por las otras normas de la Ley 20 de 1975. Esto quiere decir que existe un control fiscal para la función administrativa, central y descentralizada, ejercida por derecho propio por la Rama Ejecutiva de Poder Público, y un control fiscal para las funciones administrativas realizadas por la Federación Nacional de Cafeteros, persona jurídica de derecho privado que ejerce funciones públicas y maneja fondos públicos en la forma también dispuesta por la ley.

El mandato del legislador en el artículo 28 citado es "tajante". "Ese control debe hacerse con sujeción a las disposiciones de la Ley 11 de 1972. Y no con sujeción a ninguna otra. Su texto, es excluyente, por lo claro y por lo preciso. No caben alternativas, frente a su contenido" (sic). Por ello resulta extraño e incomprensible el considerando 2o. de la Resolución impugnada.

El control fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros es sobre las inversiones que ésta realiza con recursos del Fondo Nacional del Café y se circunscribe al cumplimiento de los artículos 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972, que la

Resolución cuestionada ha desconocido y vulnerado, donde es reiterada la voluntad del legislador de que el control sea en la Federación Nacional de Cafeteros, pues basta su simple lectura para entender que es el propósito de la ley.

Sin embargo, en el acto administrativo demandado se ordena en el artículo 1o. establecer un sistema de vigilancia de las inversiones con cargo al Fondo Nacional del Café, "en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado".

En esta última hipótesis la inversión con los recursos del Fondo, que son bienes nacionales, conduce a concebir la formación de una sociedad comercial que cuando se hace con dineros estatales y privados, se denomina sociedad de economía mixta, sujeta al régimen especial que se señala en la Constitución Política, en los Decretos 130 de 1976, 1050 y 3130 de 1968 y en el Código de Comercio.

De conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la constitución de una sociedad de economía mixta requiere dos actos jurídicos: la ley que la crea o autoriza y el contrato de sociedad. Ahora bien, en cuanto a las inversiones hechas por la Federación Nacional de Cafeteros con cargo al Fondo Nacional del Café, cuenta carente de personería jurídica y por lo tanto de capacidad para contratar, es indudable que se trata de aportes estatales hechos por una persona jurídica de derecho privado en cumplimiento de la Ley de autorizaciones del contrato y del contrato mismo. Si se toma el criterio doctrinal de que lo determinante de la naturaleza jurídica para las sociedades comerciales es la formación del capital, se tendría que se trata de sociedades de economía mixta. Pero siguiendo el texto del artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968 que las define, sería un exceso interpretar que la Ley que autoriza el contrato con la Federación y que ordena el control de las inversiones hechas en cumplimiento de este contrato, faculta o autoriza la creación o constitución de tales sociedades. Para que ellas existan, en estricto rigor legal, se necesita de la autorización legal, básico para tener esa naturaleza jurídica.

Pero sí, en gracia de discusión, se aceptase el absurdo de que son sociedades de economía mixta, por la aplicación del criterio equivocado de la formación del capital, se encontrarían dos grupos de dichas sociedades, para efectos del control fiscal: las corrientes, que se rigen por las disposiciones de la Ley 20 de 1975, especialmente por el artículo 21, y las supuestas sociedades de economía mixta formadas por inversiones del Fondo Nacional del Café, cuyo control fiscal se rige por la Ley 11 de 1972, por expresa disposición del Estatuto Fiscal, Ley 20 de 1975.

La ilegalidad del mencionado artículo 1o. es protuberante.

En los restantes artículos de la resolución censurada se dispone de un control no hecho en la Federación, sino en las empresas señaladas, contrariando las disposiciones de la Ley 11 de 1972 que ordena sólo hacerlo en aquella.

En los artículos 3o. 4o. y 5o. de la Ley 11 de 1972, se establece que el control es sobre las inversiones de los fondos del Fondo Nacional del Café. En cambio, en

el acto demandado, a través de la auditoría integrada que prevé su artículo 3o., a practicarse en las empresas a que se refiere el artículo 1o. de aquél, y comprendidas en los objetivos señalados en sus literales a); b), c) y d), se limitó no sólo a ello, sino a todo el proceso, es decir, se controlan tanto las inversiones oficiales como las privadas, señaladas en los estados financieros y registros contables. Y se llega a través de esa práctica de la auditoría integrada, hasta la evaluación del nivel de eficiencia en el manejo de todos los recursos de las entidades referidas, a ampliar su intervención en funcionamiento, resultados, legalidad, planeación, etc. en un ostensible desbordamiento reglamentario del señor Contralor frente al texto de la Ley 11 de 1972.

En el artículo 4o. de la Ley 11 de 1972 se le autoriza a la Contraloría un control fiscal de revisión y fenecimiento de las inversiones hechas por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café. Empero, en la resolución demandada no se ordena el fenecimiento, y, en cuanto a la revisión, se incluye como parte del proceso, pero no la revisión de los informes sobre inversiones, presentados por la Federación, sino sobre la entidad donde se hizo la inversión directamente. De esta manera ilegal se suprimen los informes periódicos que sobre inversiones con recursos del Fondo Nacional del Café estaba obligada a presentar la Federación conforme a la Ley 11 de 1972.

Sostiene la demandante que el artículo 5o. de la citada Ley 11 de 1972 y para efectos del control fiscal, se señala que se adopten sistemas que no menoscaben la autonomía administrativa de la Federación, propia de su condición de persona jurídica de derecho privado, pero en la resolución acusada se establece uno que consiste en pasar unos informes finales, mas no a ella, sino directamente al Comité Nacional de Cafeteros.

De otra parte, el artículo 6o. de la Ley 11 de 1972, ordena que el control fiscal en la Federación lo practiquen contadores públicos titulados o autorizados, conforme a la ley. Este es el requisito. Sin embargo la Resolución acusada habla, a partir del artículo 4o. hasta el 14, de comisiones de especialistas, escogidas en cada caso, según la naturaleza de la entidad auditada, para el ejercicio del auditaje, estableciendo de esta manera requisitos que la ley no exige a los funcionarios integrantes de las comisiones de control fiscal.

Tercer cargo. Violación de normas del Código de Comercio.

Hay infracción del "Artículo 208 del Código de Comercio, y concordantes", ya que estas disposiciones le entregan funciones de control fiscal, en las sociedades comerciales, al Revisor Fiscal, y en la Resolución demandada, que debe respetar la Ley, el señor Contralor se las traslada a funcionarios de su Despacho. Y se extiende la violación al artículo 266 *ibídem*, por cuanto la Resolución dispone que el control opere con funcionarios de la Contraloría General de la Nación, y no por el Presidente de la República a través de la Superintendencia de Sociedades, como lo ordena la norma mercantil señalada.

Cuarto cargo. Al ordenar el examen de los estados financieros y de los registros contables, de los comprobantes de contabilidad, de los informes y dictámenes

de la revisoría fiscal y de las dependencias de planeación, los informes y dictámenes de las dependencias de control y de los auditores externos, las actas de los organismos directivos, la organización y procedimientos administrativos, el sistema de administración de personal y de cualquier otro elemento que los empleados de la Contraloría consideren necesario, de entidades necesariamente de derecho privado, se está violando el artículo 38 de la Constitución Nacional y 61 del Código de Comercio, que dan garantía de inviolabilidad de los papeles y documentos privados, pues solamente los jueces, para efectos de pruebas judiciales, pueden tener acceso a esos archivos de papeles y documentos.

Quinto cargo. Con los quebrantamientos expresados en los anteriores cargos, excepto en el primero, se ha producido, para el demandante, "violación directa de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, que le ordena (sic) a la Contraloría y al Contralor, ejercer funciones de vigilancia de la gestión fiscal, de conformidad con la ley".

Y se incurre, igualmente, dice el actor, por razón de los mismos cargos expuestos, en violación del artículo 20 de la Constitución Política, por extralimitación de funciones, y en infracción del 2o., *ibídem*, al disponer una forma de ejercicio del poder, sin sujeción a los términos de la misma Constitución.

En capítulo separado, el actor consigna dos cargos más: falsa motivación y expedición por funcionario incompetente, así:

Sexto cargo. El actor manifiesta que en la segunda motivación de la Resolución demandada se expresa que el artículo 20 de la Ley 20 de 1975 establece que el Contraloría General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento, desconociendo el mandato del artículo 28 de la citada ley que ordena que dicho control, ejercido por la Contraloría General de la República en la Federación Nacional de Cafeteros, se sujetará a la Ley 11 de 1972 y no a la misma Ley 20 de 1975, incurriendo en consecuencia en falsa motivación, causal de nulidad señalada en el artículo 84 del C.C.A.

Séptimo cargo. Respecto de la incompetencia para la expedición del acto impugnado, manifiesta el demandante que lo que el señor Contralor hizo en la Resolución No. 011168 de 1985, no lo puede hacer sino el legislador, porque implica una modificación del sistema legal vigente. Al hacerlo, como lo hizo, se configura una falta de competencia, ya que la atribución del legislador corresponde al Congreso de la República, conforme al artículo 76 de la Constitución Política; por lo tanto, el comportamiento que consagra todo el articulado de la Resolución cuestionada, deviene en nulidad, por no ser el Contralor, legislador.

Expediente No. 179. (fls. 2 a 26 de este expediente y 138 a 144 del Cdno. No. 1 del expediente No. 21).

Primer cargo. Señala el demandante que al Contraloría General de la República se le asigna en los incisos primero y segundo del artículo 59 de la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal sobre el manejo de los bienes del

erario que se haga por una entidad de derecho público o una persona de derecho privado que cumpla funciones públicas, por disposición de la ley y mediante concesión u otra forma contractual, vigilancia que sólo puede ejercerse mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del Estado y cumplan funciones administrativas.

Sin embargo, el artículo 1o. del acto acusado resuelve establecer un sistema de vigilancia para una gran cantidad de entidades, distintas a las del sector financiero, en las cuales la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo, ha invertido dineros provenientes de éste, en muy distintas proporciones, todas sociedades mercantiles de derecho privado, cuyo capital no es del Estado, en todo o en parte, sino de ellas mismas, exclusivamente, por lo tanto, al ser objeto de control fiscal conforme a esta última disposición, se quebranta aquella norma superior.

Dice el actor que, igualmente, se vulnera el artículo 59 citado, en su inciso primero, por cuanto el artículo 10o. de la Resolución cuestionada se aplica a entidades de derecho privado, cuyo capital no es del Estado, su gestión no es de administración pública y no manejan bienes del Estado; y en su inciso segundo, puesto que los exámenes previstos en la norma administrativa, los cuales tienen finalidades concretas, establecidas en los artículos 3o. y 7o. del mismo acto demandado, dan como resultado un control administrativo y una injerencia en la administración, expresamente prohibidos por el canon constitucional finalmente señalado.

Segundo cargo. También expresa el demandante, que el artículo 10o. aludido viola los numerales 2o. y 3o. del artículo 60 de la Carta, por cuanto, en el primer evento, hay que entender que las entidades, objeto de la Resolución acusada, no pertenecen al sector central de la Administración, ni a las entidades descentralizadas de esta última, ni manejan bienes nacionales, y que aunque se tratara de entidades descentralizadas del orden nacional, que no lo son, la norma acusada va más lejos, ya que establece una revisión de toda la contabilidad, olvidando que sólo podría, en ese caso, prescribir métodos contables; y en el segundo, atribución 3a. del artículo 60 de la Carta, ella únicamente permite "exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal", y ni los empleados de las sociedades que se pretende controlar son empleados públicos de ningún orden, ni los bienes que manejan son fiscales, ni su gestión lo es.

Tercer cargo. El actor puntualiza que, adicionalmente, el artículo 10o. de la Resolución acusada viola los dos primeros párrafos del artículo 38 de la Constitución, al entrar a controlar los documentos privados de las sociedades mercantiles privadas del sector cafetero, a pesar de que las facultades que nacen de dichos párrafos para la obtención de los objetivos en ellos mismos consagrados, están reservados a autoridades distintas de las de Contraloría, previa la existencia de una ley especial; quebranta el artículo 120 numeral 15 de la Carta por cuanto la facultad de ejercer la inspección necesaria sobre las sociedades mercantiles, como lo son todas las abarcadas por la Resolución, no corresponde las autoridades de la Contraloría General de la República sino, exclusivamente, al Presidente de la República; y transgrede los numerales 9o. y 10o. del artículo 76, *ibídem*, por cuanto

mediante dicho acto administrativo invade, también, el área constitucional del Congreso al pretender controlar, visitar, vigilar, así sólo sea a *posteriori*, entidades constituídas conforme al derecho privado y regidas por el mismo, haciendo extensivo a ellas el régimen prescrito para el Contralor en relación con la administración pública nacional centralizada y descentralizada, cuyos diseños constitucio- nales están contemplados en los referidos numerales que guardan estrecha relación y armonía con el inciso 1o. del artículo 59 y el numeral 2o. del artículo 60 de la Constitución Política.

Lo expuesto en los precedentes cargos, consignados en el Expediente 179, sobre la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 10o. de la Resolución acusada, dice el demandante, debe hacerse extensivo a los restantes artículos de aquella, por cuanto todos ellos tienen por objeto vigilar y controlar empresas de derecho privado que no hacen parte de la administración nacional y bienes que no son fiscales sino particulares, por haber ingresado al patrimonio de dichas empresas a tiempo de efectuarse la inversión.

Cuarto cargo. Aunque el actor señala *ab initio* de su demanda, como violados los artículos 25, 26 y 28 del Decreto Ley 924 de 1976, en su concepto sólo hace referencia a los dos últimos, para deducir que el artículo 4o. de la Resolución acusada viola el 28 citado al hacer extensiva la vigilancia de la Contraloría a sociedades que no hacen parte del sector de Hacienda Nacional organizado por este precepto; y quebranta también el 26, como quiera que las entidades sometidas a control por la resolución impugnada, tampoco hacen parte del sector gubernamental definido por aquella disposición legal.

Los cargos consignados en relación con las demás disposiciones legales estimadas por el actor como violadas, son, *mutatis mutandi*, los mismos que se exponen en el expediente 21 respecto de las mismas normas, resumidos ya en este proveído en los párrafos (cargos) que preceden.

Expediente No. 605. (folios 6 a 15 y 46 a 47 de éste expediente y 207 a 212 del expediente 279).

Primer cargo. Dice la actora que de la mera comparación de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, 3o. de la Ley 11 de 1972, 2o. de la Ley 20 de 1975, 2o. del Decreto 3130 de 1968, 8o. del Decreto 2078 de 1940, y de las normas del "Decreto 2260 de 1946" (sic) que definen la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Café, "con el acto demandado", se llega "a la conclusión de que éste es violatorio de ellas, por que se atribuye *con motivación falsa* la facultad de *vigilar* la Empresa privada dedicada a las industrias complementarias del café que no reciben, manejan ni administran bienes nacionales" (las subrayas son de la demandante) y se le otorga al Fondo capacidad jurídica para realizar actos como los de adquirir, crear o invertir, desconociendo que no tiene responsabilidad para realizarlos por tratarse simplemente de "una cuenta especial" como lo define el artículo 8o. del Decreto Extraordinario No. 2078 de 1940.

Segundo cargo. Manifiesta la demandante que el acto demandado viola los artículos 2o., 12, 16, 20, 30, 32 y 44 de la Constitución Política.

El desacato al artículo 2o. se efectúa al pretender autoatribuirse un poder público que no ha emanado de la Nación y cuyos términos de ejercicio no han sido establecidos por ella.

El desconocimiento del artículo 12 se produce por cuanto éste difiere el régimen, la capacidad y el reconocimiento de las personas jurídicas y de las sociedades, al legislador y no a la facultad reglamentaria del Contralor General de la República.

Se vulnera el artículo 16 por cuanto éste instituyó a las autoridades para proteger a las personas, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del estado, y no para lesionarlas con el uso indebido del poder, incurriendo de paso en las responsabilidades señaladas en el artículo 20 de la citada Constitución.

Se quebranta el artículo 30 de la Carta, en virtud de que la actuación de la Contraloría, de hecho, conlleva una expropiación, al atribuir el carácter de bienes e ingresos de la Nación Colombiana, a los bienes de personas naturales y jurídicas distintas.

Desconoce el artículo 32 que atribuye al Estado la intervención en la empresa o iniciativa privados a través de la ley.

Menoscaba el derecho de asociación reconocido en el artículo 44, porque limita el cumplimiento de los propósitos de la organización consignados en el objeto social estatutario de las empresas afectadas.

Tercer cargo. Endilga la actora otra falsa motivación al acto impugnado, respecto de las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975 y de los artículos 4o. y 6o. del Decreto Extraordinario No. 925 de 1976, al expresar que la Resolución atacada invoca como fundamento para su aplicación estas normas legales que le asignan a la Contraloría la vigilancia fiscal en la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café, pero afirma, en ningún momento, para ejercerla en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las financieras, dándole especial relevancia idiomática a la preposición "en" empleada en aquellas normas; y esgrime, también como argumento de falsa motivación, la referencia a que el acto acusado hace al Fondo Nacional del Café como ente con capacidad jurídica, desconociendo el régimen legal que lo conforma como cuenta especial a la que le señaló un administrador para su manejo que lo es la Federación Nacional de Cafeteros, a la cual vigila la Contraloría por disposición de la ley y dentro de las condiciones fijadas en contrato suscrito entre ambas partes.

Cuarto cargo. Todo el articulado de la Resolución demandada, alega la demandante, infringe el sistema de control previsto en el Decreto No. 925 de 1976, especialmente, en cuanto hace referencia al control posterior y a las técnicas de la auditoría, aplicables a las entidades sometidas al auditaje de la Contraloría, consagrados en los artículos 4o. y 6o. del aludido decreto, que no a las empresas complementarias de la industria cafetera a que se refiere el artículo 1o. del acto impugnado.

Expediente No. 279 (fls. 114 a 125 y 207 a 212)

En este expediente se incoa la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a diferencia de los otros tres acumulados en este proceso, en los que sólo se ejercita, como ha quedado dicho, la de simple nulidad.

Los preceptos que la demandante considera violados y el concepto de su violación con textualmente los mismos que se exponen en el expediente 605, acabados de sintetizar en los cargos precedentes, con el *item* de que al explicar en aquel las pretensas infracciones, se hace la pertinente referencia a la demandante Flota Mercante Grancolombiana S.A.

Sólo agrega, como cargo, refiriéndose a la falsa motivación, diversamente esgrimida en el expediente 605 como causal de nulidad, que

"*La calificación unilateral que hace la Contraloría a través del acto complejo demandado, de la sociedad demandante como "empresa complementaria de la Industria del Café", es también falsa, PORQUE EL OBJETO SOCIAL Y LOS PROPOSITOS DE SU CONSTITUCION Y ORGANIZACION NO SE REFIEREN A LA INDUSTRIA CAFETERA COLOMBIANA, SINO A LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL*. Si bien la industria cafetera colombiana puede utilizar, como en efecto los utiliza, los servicios del transporte que presta la sociedad demandante, ello no desvirtúa ni puede desvirtuar, su realidad jurídica, porque la calidad de uno de los clientes de FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., no define el ámbito de su actividad, ni puede limitar su ejercicio social". (la subraya y las mayúsculas son del texto). Y remata diciendo que la predicha calificación quebranta los preceptos del Código de Comercio de Colombia, al cual se sometí la demandante en el acto de su constitución, por voluntad de sus asociados, e infringe especialmente aquellos artículos que definen su régimen y su objeto social, conforme al Título VI del estatuto comercial, la Revisoría Fiscal, según los artículos 203 y siguientes del Código de Comercio, y la intervención del Estado Colombiano a través, únicamente, de la Superintendencia de Sociedades de este país, conforme al Título *II ibídem*, aspectos estos últimos que, advierte la Sala, están contemplados en los cargos que se desarrollan en los expedientes números 21 y 179.

e. Razones de la defensa

1) Excepciones

El apoderado de la Contraloría General de la República, al dar contestación a la demanda del expediente 605 (fls. 33 a 35) no solamente se opuso a sus pretensiones sino que, además, propuso la excepción de inepta demandada, aduciendo que no se relacionaron los hechos y se señaló como demandada a la Contraloría General de la República y no a la Nación, olvidándose que aquella carece de personalidad jurídica y no puede por ello comparecer en juicio.

Agrega, ya en su alegato de conclusión (fl 147 del expediente 21), que, como por una parte en las restantes demandas se incurre en ese error, y por otra, los procesos acumulados se fallan en la misma sentencia, a todos ellos debe cobijar la

excepción aludida, aún de manera oficiosa, conforme al mandato del artículo 306 del C. de P.C.

En este mismo alegato, y refiriéndose al expediente No. 279 (fls. 156 y 157), donde es actor la Flota Mercante Grancolombiana, en relación con el oficio No. 16991 del 3 de junio de 1985, replica que este documento no constituye un acto administrativo, sino que es acto de administración, lo cual es distinto, porque simplemente es actuación destinada a dar desarrollo a la Resolución acusada. Y ambos no integran un acto complejo, como lo pretende el demandante, porque estos actos requieren el concurso de dos voluntades administrativas distintas, y fines idénticos, y en este caso los dos actos emanan del Contralor General de la República y tienen contenidos absolutamente diversos. Por estas razones, considera que la demanda que dió origen al proceso referido (el 279) es inepta.

En aquel mismo memorial (fl. 157), puntualiza, además, que esta demanda (se sigue refiriendo a la de la Flota Mercante) es nueva y diferente a la que se presentó por el mismo actor el 20 de septiembre de 1985, o sea que no está cobijada por la suspensión de términos autorizada para los procesos susceptibles de reconstrucción. Ello indica que por tratarse de acción de restablecimiento del derecho es extemporánea, dado que no se acogió al trámite legal de la reconstrucción señalada en el Decreto 3825 de 1985, y por lo tanto la acción se encontraba CADUCADA.

2) En relación con los cargos

En la contestación de la demanda del expediente 605 (folios 33 a 35) y en los alegatos de conclusión que obran a folios 47 a 59 y 146 a 160 del expediente 21, la parte demandada y el impugnante Raúl Camacho García expresan con relación a los cargos, en síntesis, los siguientes argumentos:

La competencia de la Contraloría General de la República para la expedición del acto acusado, dimana de la Constitución Nacional —artículos 59 y 60—, la que ejerce, en orden a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, conforme a la ley, cuyo campo de acción ha delimitado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de octubre de 1970 en la cual se consigna, entre otros aspectos, que el control fiscal de los fondos administrados por la Federación Nacional de Cafeteros, provenientes del Fondo Nacional del Café, dado su origen legal, su recaudo oficial y su finalidad (protección y defensa del café) debe penetrar hasta la utilización final a que la ley los designa, lo cual, dice la parte demandada, confirma plenamente la posibilidad jurídica de auditar las inversiones a que alude el acto demandado.

Por otra parte, son las mismas disposiciones invocadas por los demandantes como violadas, fundamentalmente las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975 y el Decreto Ley 925 de 1976, los que desarrollan los preceptos constitucionales citados en consonancia con los criterios jurisprudenciales prealudidos, disposiciones legales aquellas que han sido dictadas en orden a asegurar la eficacia de la vigilancia fiscal mediante sistemas y mecanismos de control que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los fondos, valores y bienes nacionales.

De allí que la Resolución cuestionada, al reglamentar la función de control, pues no reglamenta la ley como equivocadamente lo sugiere uno de los demandantes, está dentro de las facultades del artículo 59 de la Carta y conforme a la delimitación señalada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida.

Cabe señalar, afirma la demandada, que la condición necesaria para ejercer la vigilancia fiscal es que la entidad o la persona reciba, maneje o disponga de bienes o ingresos de la Nación, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad o persona que realice esas operaciones, ya que tal naturaleza únicamente es relevante para establecer los sistemas de control en sus etapas integradas de previo, perceptivo y posterior.

Respecto al cargo de que se violó el artículo 6o. de la Ley 11 de 1972, en cuanto ordena que el control debe ser hecho por "contadores públicos titulados o autorizados conforme a le ley" y la Resolución impugnada dispone que ese control será hecho por "personal especializado", afirma la demandada que el ser especializado no es afirmación contraria a la de que deben ser contadores públicos, dado que éstos son, precisamente, profesionales especializados. Y que el cargo es una impropiedad de la demanda, porque los actos administrativos se demandan por la nulidad que ellos conlleven, no por la futura nulidad que pueda producirse con los actos posteriores que se dicten para darle desarrollo al que ha sido acusado.

Con relación al cargo de que se violó la Ley 11 de 1972, por cuanto en su artículo 3o. dispone que la vigilancia fiscal se ejercerá en la Federación Nacional de Cafeteros y la Resolución acusada dispuso que lo será "en las empresas complementarias de la industria cafetera", alega la demandada que la disposición presuntamente violada autoriza a la Contraloría General de la República para que la vigilancia se ejerza en la Federación, pero sobre la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y sobre los demás bienes y fondos oficiales que ésta administre, sin que la preposición "en" empleada en aquella norma signifique que el control debe hacerse en la sede física de la Federación. Por lo demás, añade la demandada, no se trata de un control permanente, sino ocasional, posterior y externo, el cual se ejerce así las inversiones se realicen en entidades privadas, pues a todas las cobija la disposición de la Ley 11 de 1972, siendo por razones obvias que con las privadas se mantengan relaciones de inversión, y sin que quepa duda alguna de que la competencia es exclusiva de la Contraloría General de la República.

En relación con la Flota Mercante Grancolombiana, ella es una sociedad de economía mixta, con un aporte estatal superior al 50% del capital social, del 74.28%, proveniente del mencionado Fondo o sea del Estado cuyos ingresos constituyen fondos nacionales por su destino, de origen legal y recaudo oficial, lo cual explica y justifica el aludido control fiscal.

No es cierto, como lo afirman los actores, que el artículo 4o. de la Resolución acusada haya hecho extensiva la vigilancia de la Contraloría a todas las entidades privadas, sino a aquellas que conforme a las disposiciones de la Ley 151 de 1959 sean entidades en que tenga parte principal el Estado, porque éste tenga más del 50% de su patrimonio, cual es el caso de la Flota Mercante Grancolombiana.

Finalmente, expresa la demandada que incurren los demandantes en el error de confundir las funciones de una Revisoría Fiscal, que es de carácter interno dentro de la organización administrativa de una empresa, con las funciones de "control fiscal" que corresponden a la Contraloría y que son de actividad externa. Unas y otras funciones obran dentro de órbitas diferentes, y son compatibles. Esta confusión ha llevado a los demandantes a considerar violados los artículos 207 y 208 del Código de Comercio.

f. La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el Código Contencioso Administrativo a los procesos se les dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencias del 1o. de julio de 1986 (fls. 30 y 31) y del 19 de marzo de 1987 (fls. 122 a 125) se decretó la reconstrucción de los expedientes números 21 y 179, respectivamente, y en ellas se ordenó tener como auténticos los documentos acompañados con las respectivas solicitudes, como consecuencia de haber desaparecido durante los trágicos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia entre los cuales se encuentra el auto del 23 de agosto de 1985 que admitió la demanda y negó la suspensión provisional impetrada en el expediente 21 (fls. 1 a 5 del cdno. No. 1).

La admisión de la demanda en el expediente 179, se produjo mediante auto del 11 de agosto de 1987 (fl. 127 de su respectivo cuaderno).

En el expediente No. 279, donde se ejercita por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, la admisión de la demanda se produjo mediante auto de 1o. de agosto de 1986, no habiéndose dado en este caso reconstrucción del expediente, por cuanto la parte actora optó por formular una nueva, acogiéndose al Parágrafo del artículo 1o. del Decreto Ley 3825 (fls. 158 a 160).

En el expediente 605, cuya demanda de nulidad fue presentada el 24 de abril de 1987, mediante proveído del 19 de junio del mismo año se decretó su admisión y se denegó la suspensión provisional impetrada con la misma (fls. 23 a 26).

Mediante providencia del 28 de abril de 1989 (fls. 116 a 125, Cdno. No. 1, exp. 21), se decidió el incidente de acumulación propuesto por la parte demandada (fl. 88, *ibídem*), ordenando acumular al proceso No. 21, los radicados bajo los números 179, 279 y 605.

Por auto del 2 de febrero de 1990, se corrió el traslado común a las partes de los expedientes acumulados, para alegar de conclusión, y para que, cumplido dicho trámite, se le diera traslado al Fiscal Primero de la Corporación a objeto de la rendición de su vista de fondo.

Las partes hicieron uso de este derecho. La apoderada de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., que es la misma accionante en el expediente 605, aporta sus

alegatos a folios 46 y 47 de este expediente y 207 a 212 del expediente 279, los que ratifica a través de memorial que obra a folio 137 del expediente 21. El demandante Alvaro Esguerra Castillejo aduce su alegato a folios 138 a 144 del expediente 21. A folios 35 a 45 de este expediente, aparece alegato de conclusión del accionante Simón Castro Benítez, y el de la demandada obra a folios 146 a 160.

El impugnante Raúl Camacho García, al cual se le reconoció como tal según se desprende del folio 61 del Cdno. del expediente 21, igualmente alegó de conclusión, como aparece a folios 57 a 59 *ibídem.*

II. El concepto del agente del Ministerio Público

En su concepto, que obra a folios 65 a 74 y 162 a 165 del expediente No. 21, Cdno. No. 1, el Agente del Ministerio Público solicita acceder a las peticiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para no aplicar los controles corrientes de la Administración Pública en sus sectores descentralizados, el artículo 28 de la Ley 20 de 1975 obliga a que el control sobre la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café, se haga con sujeción a las disposiciones de la Ley 11 de 1972, arts. 3o. 4o. 5o. y 6o.

De tal manera que la subordinación a la ley que imponen al Contralor los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional en materia de vigilancia fiscal impiden precisamente a este funcionario dictar normas que lleguen a modificar la misma ley, así ellas tengan relación directa con el ejercicio de su función fiscalizadora, puesto que su competencia está circunscrita a la ejecución de preceptos que regulen dicha función.

El control ordenado por la Resolución acusada no tiene en cuenta para nada los mandatos de la Ley 11 de 1972, pues la sustituye en su totalidad.

Concluye, en consecuencia, solicitando se acceda a las peticiones de las demandas.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En relación con las excepciones

Avoca la Sala, en primer lugar, la excepción de *inepta demanda* propuesta por la parte demandada como una razón de su defensa.

Se funda en los siguientes argumentos:

El primero consiste en que no se relacionan los hechos.

A este respecto, si bien es cierto que la relación fáctica reviste suma importancia puesto que es la historia de la controversia que se plantea y que por simples razones de técnica debe estar debidamente expuesta y determinada con toda claridad, no lo es menos que ello tiene sólo fundamental trascendencia en las demandas

de restablecimiento en general, mas no en las de simple nulidad, como son las que aquí se incoan en los expedientes acumulados números 21, 179 y 605, en donde lo que se debate es asunto de puro derecho, y no se requiere siguiera historiar la expedición del acto, como a veces se acostumbra para cumplir con el citado requisito de la demanda.

Empero, en los tres expedientes citados sí se enuncian, así sea de manera simple y como sólo puede exigirse en el contencioso objetivo, los hechos mencionados por el excepcionante (véase fls. 3 a 8 Exp. No. 21, fls. 1 a 2 Exp. No. 179 y fls. 3 a 4 Exp. No. 605).

Respecto del expediente No. 279, igualmente acumulado, por ejercerse en éste acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la excepción tendría validez de no llenarse el mencionado requisito, que, por cierto, sí se cumple cabalmente, como lo ameritan los autos (Véase fls. 107 a 112 Exp. No. 279).

El segundo argumento que esgrime la parte excepcionante alude a que se demandó a la Contraloría General de la República y no a la Nación, como era lo procedente, por carecer aquella de personalidad jurídica.

Sobre este aspecto la Sala señala que en las acciones de nulidad, como lo ha sostenido esta misma Sección en auto de 27 de junio de 1990; Ponente doctor Pablo J. Cáceres Corrales; Expediente No. 1398; actor, Carlos A. Patiño Beltrán, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad e igualdad, no se trata propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular a la entidad que expidió el acto, a fín de lograr el cumplimiento de su obligación de salir a su defensa.

Pero, en estricto sentido, en evento como el presente es la ley (específicamente el C.C.A.) quien preestablece las "partes", y en este caso no queda duda de que lo es la Nación, así no se la señale expresamente, representada en este caso por el Contralor General de la República, funcionario de la mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto, y quien ha sido llamado al proceso y se ha hecho representar justamente por el excepcionante quien en tal condición ha sido reconocido y así ha actuado en defensa del acto impugnado, en una clara aplicación del inciso segundo del artículo 149 del código citado.

En relación con el tercer argumento en el cual se basa la parte demandada para sustentar su excepción de inepta demanda, consistente en que el oficio No. 16.991 del 3 de junio de 1985, dirigido por el Contralor General de la República a la Flota Mercante Grancolombiana, "no constituye un acto administrativo, sino un acto de administración... porque simplemente es actuación destinada a dar desarrollo a la Resolución acusada", la Sala considera que asiste la razón al excepcionante en cuanto dicho oficio no contiene ninguna decisión, que es la característica fundamental del acto administrativo, ya que se limita a "presentar" a unos funcionarios para visitar la entidad en cumplimiento de la resolución demandada. Sin embargo, lo anterior no quiere decir, como lo plantea el excepcionante, que la demanda sea inepta, sino simplemente que el citado oficio no es enjuiciable y que, por lo mis-

mo, la Sala deberá declararse inhibida para hacer un pronunciamiento respecto de su legalidad.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de *caducidad*, por cuanto en la demanda de la Flota Mercante Grancolombiana se ejercita extemporáneamente la acción de restablecimiento del derecho dado que no se acogió al trámite legal de la reconstrucción señalado en el Decreto 3825 de 1985, basta señalar que en el parágrafo del artículo 1o. de este Decreto se daba la opción entre la reconstrucción y la nueva formulación de la demanda, habiéndose acogido la demandante a esta última posibilidad, en cuyo caso debía presentar la demanda antes del 30 de abril de 1986 acompañando la prueba de que la había formulado antes del 6 de noviembre de 1985 y de su destrucción o pérdida, como así sucedió y fue factor determinante para su admisión como se patentiza en el auto de primero de agosto de 1986, visible a folios 158 a 160 del expediente 279, pues en este caso no opera la caducidad de la acción como en la misma norma citada se dispone.

Ninguna vocación de prosperidad les asiste, pues, a las excepciones propuestas, y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

2. En relación con los cargos

Para efectos del análisis de los cargos formulados en los diferentes expedientes en contra del acto acusado, y por razones de orden metodológico, la Sala procederá a reagruparlos, en la medida en que las normas en ellos invocadas como transgredidas sean las mismas o guarden relación y afinidad con respecto al tema central de aquellos.

a) En relación con el primer cargo formulado en el expediente No. 21., el cual consiste en predicar la violación de los artículos 43 del C.C.A. y 10 de la Ley 20 de 1975 debido a que el acto demandado entró en vigencia sin haberse efectuado su publicación, la Sala considera que si bien es cierto que en el artículo 15 de dicho acto se dispuso su vigencia a partir de la fecha de su expedición (22 de mayo de 1985), no lo es menos que dentro del proceso se encuentra acreditada su aplicación en la "GACETA" de la Contraloría General de la República, separata mayo de 1985, páginas 58 y 59 (fls. 29 Exp. No. 179, 96 Exp. No. 279 y 1 Exp. No. 605), cumpliéndose de esta manera con el mandato del artículo 10 de la Ley 20 de 1975, que ordena al Contralor General de la República publicar en tal medio de divulgación "...todos los actos administrativos..." de esa entidad.

Basta leer el citado artículo 10 de la Ley 20 de 1975 y el texto del artículo 43 del C.C.A., éste último modificado por la Ley 57 de 1985 que el demandante estima vulnerados, para concluír que ellos, antes de ser infringidos, han sido acatados fielmente por el organismo expedidor del acto acusado. Precisamente la norma del estatuto contencioso administrativo permite que la publicación de los actos administrativos de carácter general sea hecha, en defecto del Diario Oficial, en la gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, que es lo que aquí ha sucedido para efectos de su obligatoriedad.

Sin perjuicio de lo expuesto, y de llegarse a aceptar, como se expresó en el auto admisorio de la demanda en este expediente, que el haberse dispuesto en el artículo 15 del acto acusado su vigencia a partir de su expedición constituía una irregularidad, ésta ha de considerarse convalidada o subsanada por el hecho de su promulgación en el órgano de publicación oficial del mismo organismo que profirió el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita.

En relación con los cargos segundo del expediente No. 21 y primero de los expedientes Nos. 179, 279 y 605, en los cuales se predica que el artículo 1o. del acto acusado incurre en violación de los artículos 59, incisos primero y segundo y 60 de la Constitución Política de 1886; 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972; 2o. y 28 de la Ley 20 de 1975; 2o. del Decreto 3130 de 1968 y 8o. del Decreto 2078 de 1940, la Sala considera que el aspecto central a dilucidar frente a ellos radica en establecer si el Contralor General de la República, al establecer el sistema de vigilancia de las inversiones que realice la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con los recursos del Fondo Nacional del Café en las empresas complementarias de la industria cafetera, excedió los límites que dichas normas le trazan para el ejercicio de sus funciones de vigilancia de la gestión fiscal de la administración o sí, por el contrario, se ciñó a los mandatos en ellas contenidos.

Cabe recordar que en sentir de los demandantes, y, en términos generales, el artículo 1o. del acto acusado establece dicho sistema de vigilancia en contravía de las citadas normas constitucionales y legales que ordenan a la Contraloría General de la República ejercer el control fiscal de la administración conforme a las disposiciones de la ley, que para el caso controvertido, sostienen, no son otras que las regulaciones contenidas en los artículos 3o., 4o., 5o. y 6o. de la Ley 11 de 1972 y 2o. y 28 de la Ley 20 de 1975.

Como paso previo y como marco de referencia para el análisis de la controversia, la Sala transcribirá a continuación la norma acusada en este cargo, los artículos 59, incisos primero y segundo y 60 de la anterior Carta Política y las citadas disposiciones de las Leyes 11 de 1972 y 20 de 1975.

1) Resolución Orgánica número 011168 de 1985 (acto acusado):

> "Artículo 1o. Establecer un sistema de vigilancia de las inversiones del Fondo Nacional del Café en las empresas complementarias de la industria cafetera, distintas de las de naturaleza financiera, creadas o adquiridas por el Fondo Nacional del Café, o en las cuales la inversión del mismo supere el cincuenta por ciento del respectivo capital pagado".

2) Constitución Política de 1886:

> "Art. 59. La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley.
>
> "La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.
>
> "...

"...".

"Art. 60o. El contralor general de la república (sic) tendrá las siguientes atribuciones:

"1a.) Llevar el libro de la deuda pública del Estado;

"2a.) Prescribir los métodos de la contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales;

"3a) Exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal;

"4a.) Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario;

"5a.) Proveer los empleados de su dependencia que haya creado la ley, y

"6a.) Las demás que señala la ley"

3) Ley 11 de 1972:

"Artículo 3o. Unicamente la Contraloría General de la República ejercerá funciones de vigilancia, conforme a la Constitución y las leyes, en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, sobre la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café sobre los demás bienes y fondos oficiales que ésta administre".

"Artículo 4o. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia rendirá cuentas periódicas a la Contraloría General de la República sobre la inversión de los dineros del Fondo Nacional del Café y sobre el destino de los demás fondos y bienes oficiales que administre, para su revisión y fenecimiento"

"Artículo 5o. La Contraloría General de la República, para el ejercicio de la vigilancia sobre la gestión fiscal a que se refiere el artículo 3o. de esta Ley, adoptará sistemas apropiados a la naturaleza de las actividades de la Federación y que no menoscaben la autonomía administrativa que ésta tiene, como entidad de derecho privado que es".

"Artículo 6o. El auditor General y los auditores delegados o seccionales de la Contraloría General de la República en la Federación Nacional de Cafeteros deberán ser, necesariamente, Contadores Públicos titulados o autorizados conforme a la Ley".

4) Ley 20 de 1975:

"Artículo 2o. El Contralor General de la República ejercerá sobre las entidades o personas que (a cualquier título) reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento".

La expresión señalada entre paréntesis fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 19 de mayo de 1987 (magistrado Ponente doctor Hernando Gómez Otálora. Actor: Eduardo Laverde Toscano. Exp. No. 1571 Foro Colombiano, Tomo 37 Nos, 217 a 222, julio a diciembre de 1987, págs, 46 a 51).

"Artículo 28. La Contraloría General de la República con sujeción a lo dispuesto en la Ley 11 de 1972 ejercerá la vigilancia fiscal sobre la Federación Nacional de Cafeteros y el Fondo Nacional del Café. La Federación y el Fondo no están obligados a pagar gastos de fiscalización distintos de los que ocasione la actuación de la Contraloría".

En primer término, y en relación con las transcritos normas constitucionales, ha de precisarse que la jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante y reiterada en el sentido de que la tarea de vigilancia de la gestión fiscal de la administración, que corresponde ala Contraloría General de la República, debe ejercerse conforme a la ley y que dicho organismo "...carece de toda atribución que le permita modificar o derogar las leyes, así ellas se relacionen directamente con el ejercicio de su función fiscalizadora..." (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 26 de septiembre de 1973. Consejero Ponente doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor; Rafael Carrillo Vargas. exp. No. 1838. Anales del Consejo d e Estado Nos. 439 y 449, Segundo Semestre 1973, págs. 250 á 260).

Sentado lo anterior, que la Sala comparte en su integridad por ser fiel interpretación de las citadas normas constitucionales, se tiene que de acuerdo con los artículos 3o. y 4o. de la Ley 11 de 1972 las funciones de vigilancia que corresponde cumplir a la Contraloría General de la República sobre la inversión que de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café disponga la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, se encuentran limitadas y circunscritas a la revisión y fenecimiento de las cuentas periódicas que dicha entidad de carácter privado le rinda, funciones y limitaciones éstas que fueron reiteradas en el artículo 28 de la Ley 20 de 1975, cuando expresa que dicha vigilancia fiscal deberá realizarse "...con sujeción a lo dispuesto en la Ley 11 de 1972...".

En efecto, siendo la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia una entidad de derecho privado que maneja fondos provenientes de las contribuciones a que se refieren las Leyes 76 de 1927, 21 de 1935 y otras normas especiales, la ley, con el propósito de no menoscabar su autonomía administrativa, ha dispuesto que la vigilancia fiscal en relación con dichos fondos se lleve a cabo a través de un control que pudiera denominarse como atenuado o aminorado, mediante la adopción de "...sistemas apropiados a la naturaleza de sus actividades" (Ley 11 de 1975, art. 5o.), de tal manera que le permita moverse con la agilidad y el dinamismo que requiere el desarrollo de sus objetivos.

Es por ello que, precisamente, los límites de dicho control fiscal han sido establecidos por el legislador.

Sobre este particular, y por ser perfectamente predicable frente al aspecto que se analiza, bien vale la pena traer a colación apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en fecha 14 de octubre de 1970, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de los artículos 3o. de las Leyes 76 de 1927 y 81 de 1930. En ella se expresa lo siguiente:

"Siendo privativa de la Contraloría la vigilancia de la gestión fiscal de la Federación Nacional de Cafeteros como entidad responsable del manejo de impuestos,

estando obligada la propia Federación a rendir cuentas por ello ante dicha Contraloría General, y debiendo ésta revisarlas y fenecerlas, todo por mandato de mérito superior... (...) ..., precisa concluir que la Contraloría General de la República incumbe hoy, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros, ejercer las siguientes atribuciones: Verificar que los dineros provenientes del impuesto al café se inviertan únicamente en los objetivos señalados en la ley; y examinar y fenecer las cuentas que ha de rendir la Federación relativas a tal intervención, de acuerdo con las leyes y el contrato celebrado con el Gobierno Nacional (Magistrado Ponente doctor José Gabriel de la Vega. Actor: José Jaramillo Giraldo. Gaceta Judicial T. CXXXVII-Bis, págs. 421 a 430).

Ahora bien, si como se analizó la Contraloría General de la República tiene trazados unos precisos límites en el ejercicio de la vigilancia que por mandato legal le corresponde efectuar en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia sobre las inversiones que ésta realice con los dineros del Fondo Nacional del Café, para la Sala resulta claro que frente a la misma y en relación con dichas inversiones no cabe predicar de manera alguna la extensión del control fiscal, basándose para ello en la aplicación de normas generales, como la contenida en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1975, que se invoca en los considerandos del acto acusado y, en tal virtud, hacer nugatorios los mandatos contenidos en normas especiales y superiores, pues con tal proceder se estarían desconociendo no solo estas últimas, sino el principio establecido en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, sobre prevalencia de las disposiciones especiales sobre las generales.

Precisados los aspectos anteriores se tiene que mediante el artículo 1o. del acto demandado se establece por parte de la Contraloría General de la República la vigilancia de las inversiones que en "empresas complementarias de la industria cafetera" se realicen con dineros del Fondo Nacional del Café, para de dicho mandato y en los artículos subsiguientes desarrollar el sistema de control posterior sobre las operaciones de las empresas sometidas a vigilancia. No existe duda alguna para la Sala que dicha disposición reviste inocultables vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad.

En efecto, nada más extraño a nuestro ordenamiento jurídico que la extensión del control fiscal de la Contraloría General de la República a empresas de carácter privado en las cuales se han realizado inversiones de dineros por parte del Estado, pues siendo una verdad innegable que ni su capital ni sus activos, por ese solo hecho, constituyan bienes fiscales, su administración o manejo no pueden ser considerados como gestión fiscal, de conformidad con los términos del artículo 59 de la Constitución Política de 1886.

De igual manera, y como complemento de lo anterior, la Sala considera que no puede pretenderse válidamente que bajo el argumento de garantizar al Estado el rendimiento de bienes o ingresos de la Nación, la Contraloría General de la República invada de manera caprichosa e indiscriminada e ilegal, y por lo mismo inconstitucional, el campo de acción de personas jurídicas en las cuales, si bien se ha realizado una inversión de fondos públicos, dicha inversión ya ha sido objeto de control fiscal en la misma entidad que realizó su aporte, y además por cuanto

no habiendo sido siquiera creadas a iniciativa del propio Estado o autorizadas por él, para el logro de sus objetivos solo tienen como límite el sometimiento a sus estatutos sociales y a las normas legales sobre control administrativo que garantizan la debida protección de los aportes de todos los accionistas y de la sociedad misma.

Es más, si la misma Corte Suprema de Justicia ha considerado que, en relación con las sociedades de economía mixta, la supervigilancia fiscal de la Contraloría "...solo llega hasta el momento del aporte de la Nación.. (...) ... para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que pueda percibir la Nación en el ejercicio social por virtud de su aporte..." (Sentencia de 24 de abril de 1980. Magistrado Ponente doctor Gonzalo Vargas Rubiano. Actor: Alvaro Copete Lizarralde. Exp. No. 768. Foro Colombiano, año 12. T. XXII, junio de 1980, No. 132 págs. 570 a 768. Foro Colombiano, año 12.T. XXII, junio de 1980, No. 132 págs. 570 a 573), con mayor razón cabe predicar que entratándose de empresas o sociedades creadas por iniciativa privada y en las cuales se han realizado aportes o inversiones de fondos públicos, que desde el mismo momento en que ellos se han materializado entra a hacer parte del capital social de la sociedad, dicha intervención de control fiscal solo puede tener cabida en la medida y hasta el límite que el propio legislador haya dispuesto, pues lo contrario implicaría en la práctica el anquilosamiento y la atonía de tales empresas, cuya finalidad no es ni manejar ni administrar bienes o fondos públicos.

Lo dicho hasta el momento es suficiente para que la Sala concluya que el artículo 1o. del acto acusado incurre en violación de las normas legales y constitucionales que se han analizado, razón más que suficiente para que en la parte resolutiva de este fallo proceda a su declaratoria de nulidad.

Dado que los restantes 14 artículos que integran el acto acusado son complementarios de la disposición ya analizada, como quiera que mediante ellos se desarrolla el sistema y los mecanismos de vigilancia de las empresas complementarias de la industria cafetera y, por ende, los vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad anotados en relación con dicha disposición también los comprenden, la Sala, sin que haya necesidad de analizar los restantes cargos formulados en las demandas, declarará igualmente su nulidad.

Por último, teniendo en cuenta que el oficio No. 16991 de 3 de junio de 1985, mediante el cual el Contralor General de la República presenta al Gerente General de la Flota Mercante Grancolombiana unos funcionarios para visitar dicha entidad "... a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución No. 11168 de 22 de mayo de 1985", no constituye un acto susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ya se analizó al resolver la excepción de inepta demanda planteada por la entidad demandada, la Sala considera que la acción incoada por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., a pesar de haber sido planteada como de nulidad y restablecimiento del derecho, debe entenderse, como las demás que dieron lugar a la acumulación decretada por la Sala en su oportunidad, como de simple nulidad contra la Resolución No. 11168 de 1985, que es el único acto enjuiciable. Si no fuera así, no hubiera sido posible la acumu-

lación en legal forma de los procesos objeto de esta sentencia. En esas condiciones y como quiera que la solicitud de restablecimiento del derecho formulada por la Flota Mercante Grancolombiana, dentro de la demanda que dió origen al expediente No. 279, se derivaría de la declaratoria de nulidad del citado oficio, es claro que no es posible acceder a dicha pretensión.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo. Declárase la nulidad de la Resolución número 011168 de 22 de mayo de 1985, expedida por la Contraloría General de la República.

Tercero. Declárase inhibido para hacer pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del Oficio No. 16.991 de 3 de junio de 1985, dirigido por el Contralor General de la República al Gerente General de la Flota Mercante Grancolombiana s.a., por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuarto. Deniégase las demás súplicas de la demanda contenidas en el expediente número 279.

Quinto. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Contralor General de la República.

Sexto. En firme esta sentencia, archívense los expedientes.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SALARIO INTEGRAL/FACTOR PRESTACIONAL/POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/RETENCION EN LA FUENTE

El acto acusado restringe el querer del legislador plasmado en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, toda vez que para efectos de calcular el factor prestacional del salario integral, manda tener en cuenta taxativamente cuatro prestaciones sociales a saber: el auxilio de cesantía y sus intereses, la prima legal de servicios, el suministro legal de calzado y vestido de labor y, el auxilio legal de transporte. Se excedió la potestad reglamentaria al restringir el ámbito del factor prestacional señalado en la citada ley como exento del pago de retención en la fuente y de impuestos. ***DECLARA LA NULIDAD del artículo 2o. del Decreto 1174 de 6 de mayo de 1991, expedido por el Presidente de la República.***

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1826. Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto 1174 de 6 de Mayo de 1991, expedido por el Presidente de la República. Actor: *Alfonso E. Rodríguez Pizarro.*

El ciudadano ALFONSO E. RODRIGUEZ PIZARRO, 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 que dispone:

"Decreto 1174 de 1991

(Mayo 6)

Por el cual se reglamenta el numeral 2o. del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo y el Estatuto Tributario.

... Artículo 2o. **Factor prestacional para efectos tributarios.** Para determinar el factor prestacional no gravado del salario integral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 836 de 1991, se entienden como prestaciones sociales las siguientes: el auxilio de cesantías y sus intereses, la prima legal de servicios, el suministro legal del calzado y vestido de labor y el auxilio legal de transporte.

Cuando el factor prestacional así calculado fuere inferior al 30%, se aplicará este último porcentaje como valor no grabado del salario integral".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Considera el actor que con el Decreto acusado, se han quebrantado los artículos 338, 154, 215 num. 4o., 189 num. 11, y 53 de la Constitución Nacional de 1991, así como la Ley 50 de 1990.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. Abuso de la potestad reglamentaria.

El legislador al expedir la Ley 50 de 1990, en ningún momento restringió a qué se debía limitar el factor prestacional, por lo cual el Gobierno con la reglamentación, limitó la libertad contractual al fijar los salarios integrales entre empleadores y empleados en materia tributaria, al definir qué prestaciones sociales determinan el factor prestacional no gravado del salario integral.

El numeral 2o. del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, señala como única limitación a la libertad contractual, las vacaciones. Pero el resto, o sea, las prestaciones, recargos y beneficios por trabajo nocturno, extraordinario, dominical o festivo, primas legales, extralegales, cesantías, intereses y subsidios según la citada Ley "quedará exento del pago de retención en la fuente y de los impuestos".

2. Usurpación de la competencia.

De conformidad con el artículo 338 de la nueva Constitución Política, el Congreso, las Asambleas y los Concejos son los únicos que pueden manifestar qué es un impuesto, qué lo grava y cuál es la tarifa. Con el acto acusado no se da margen a limitar qué se entiende por prestación para efectos tributarios por cuanto ordena que estén exentas del pago de la retención en la fuente y de los impuestos las prestaciones legales y extralegales, lo que viola la disposición constitucional citada.

3. Menoscabo a la libertad contractual.

El acto acusado viola el artículo 53 de la Constitución Nacional de 1991, por menoscabo a la libertad contractual entre empleadores y empleados, ya que tributariamente la limita, además que va en contra de los intereses de los derechos

adquiridos que tienen los empleadores y empleados desde el punto de vista de la legislación laboral y tributaria.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 23 de Octubre de 1991, se admitió la demanda y de él se ordenó correr traslado a los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Hacienda y Crédito Público.

La Nación —Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Hacienda y Crédito Público—, guardó silencio.

No obstante que a folios 22 a 26 obra el alegato de conclusión de la doctora Nydia Patricia Narváez Gómez quien aduce la calidad de Delegada del Ministro de Hacienda, por ausencia del respectivo poder que la habilite para actuar en este proceso, no se tiene como parte en el mismo.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto el acto acusado no reglamenta el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se opone al mismo, pues mientras éste describe todos los factores que pueden conformar el salario integral, aquél sólo se refiere al factor prestacional no gravable de dicho salario. Y por lo demás, no se vé de qué manera pueda quebrantarse el artículo 338 de la Constitución Nacional, pues el accionante no propone siquiera su confrontación.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Advierte la Sala que evidentemente el acto acusado restringe el querer del legislador plasmado en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, toda vez que para efectos de calcular el factor prestacional del salario integral, manda tener en cuenta taxativamente cuatro prestaciones sociales a saber: el auxilio de cesantía y sus intereses, la prima legal de servicios, el suministro legal de calzado y vestido de labor y, el auxilio legal de transporte, cuando en el texto de la citada Ley se lee (artículo 18 num. 2o.):

> "No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que

además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de PRESTACIONES, RECARGOS Y BENEFICIOS TALES COMO EL CORRESPONDIENTE AL TRABAJO NOCTURNO, EXTRAORDINARIO O AL DOMINICAL Y FESTIVO, EL DE LAS PRIMAS LEGALES, EXTRALEGALES, LAS CESANTIAS Y SUS INTERESES, SUBSIDIOS Y SUMINISTROS EN ESPECIE Y, EN GENERAL, LAS QUE SE INCLUYAN EN DICHA ESTIPULACION, EXCEPTO LAS VACACIONES" (se resalta fuera de texto).

Obsérvese que no puede entenderse que la Ley 50 de 1990 produzca efectos laborales solamente y no tributarios, pues precisamente el inciso final del artículo 18 numeral 2o., que modificó el artículo 132 del C.S. del T., establece que el factor prestacional que acabamos de analizar, que no puede ser inferior al 30% del monto de 10 salarios mínimos legales mensuales, QUEDARA EXENTO DEL PAGO DE RETENCION EN LA FUENTE Y DEL IMPUESTO, lo que significa que el legislador también previó los efectos tributarios del salario integral.

En este orden de ideas se tiene que al reglamentar el acto acusado el numeral 2o. del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, se excedió en la potestad reglamentaria, al restringir el ámbito del factor prestacional señalado en la citada Ley como exento del pago de retención en la fuente y de impuestos, y por ello es procedente 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:

1o. Declárase la nulidad del artículo 2o. del Decreto 1174 de 6 de mayo de 1991, expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Hacienda y Crédito Público.

2o. Abstíenese de reconocer personería a la doctora NYDIA PATRICIA NARVAEZ GOMEZ, por las razones expuestas en el capítulo concerniente a la actuación.

3o. Devuélvase la suma de dinero depositada para gastos del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve (19) de Noviembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

PROPIEDAD HORIZONTAL/ASAMBLEA GENERAL DE PROPIETARIOS-Facultades/**SANCION PECUNIARIA**

Al señalarse en la norma acusada (art. 27 del Decreto 1365 de 1986) como funciones de la asamblea general de propietarios, "además de las establecidas en las leyes, el presente decreto y el reglamento de la administración de propiedad horizontal" y la de "establecer las sanciones pecuniarias o limitaciones a la utilización de ciertos servicios que la asamblea determinará, a quienes incumplan con el pago oportuno de los aportes o cuotas fijadas, con ello tan solo está de una parte, reafirmando el respeto que se debe a aquellas funciones que como de competencia de dicho órgano de administración se encuentran contenidas no sólo en las Leyes 182 de 1948 y 16 de 1985, sino en las demás disposiciones de jerarquía superior que regulan la vida jurídica de las copropiedades o propiedades horizontales y, en segundo lugar, estableciendo previsiones que se estiman "convenientes para asegurar el cabal cumplimiento del objeto de la persona jurídica que se forma", a cuyo establecimiento podía válidamente proceder el ejecutivo nacional sin contravenir las leyes reglamentadas.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente:*Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1925. Actor: *Herman Gans-Abello*

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 Herman Gans-Abello, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 27 del Decreto 1365 de 28 de abril de 1986, expedido por el Gobierno Nacional, con las firmas del señor Presidente de la República y del Ministro de Desarrollo Económico.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

El Decreto 1365 de 1986 "por el cual se reglamentan las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985 sobre la Propiedad Horizontal", que contiene el acto cuya nulidad se solicita, fue expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y en especial las leyes 182 de 1948 y 16 de 1985".

A continuación, y dada la extensión de su texto, se transcribe parcialmente el artículo 27 del mencionado Decreto, en el cual se subrayan las expresiones demandadas.

> "Artículo 27. Son funciones de la ásamblea general de propietarios, *además de las establecidas en las leyes*, el presente decreto y el reglamento de administración de la propiedad horizontal las siguientes:
>
> "a)...
>
> "...
>
> "j)Acordar las expensas comunes ordinarias y extraordinarias destinadas a la administración, mantenimiento, conservación y reparación de las áreas, bienes y servicios de uso común, *así como establecer las sanciones pecuniarias o limitaciones a la utilización de ciertos servicios que la asamblea determinará, a quienes incumplan con el pago oportuno de los aportes o cuotas fijadas*".

b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la 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 (fls. 15 a 17, 42 a 46 y 50 a 53):

Primer cargo. Violación del artículo 13 de la Ley 182 de 1948, pues aún cuando el artículo 2o. de la Ley 16 de 1985 establece que en el reglamento de copropiedad, además de las previsiones que consagra la Ley 182 de 1948, deben establecerse todas aquellas que se estimen convenientes para asegurar el cabal cumplimiento del objeto de la persona jurídica que se forma, debe observarse que tal "cabal cumplimiento" no se asegura yendo en contravía de "...las normas generales de derecho y la sana costumbre que siempre se han orientado a que las deudas se cobran por medio de proceso ante la Rama Judicial y la Ley 182/48, en su art. 13 indica la manera de cobrar las deudas por cuotas, vale decir, por medio del proceso de ejecución ante la justicia ordinaria. Y el reglamento de una persona jurídica privada no es un decreto reglamentario, luego la ley 16/85 no le dió potestad al ejecutivo para adicionar por medio de decretos reglamentarios las atribuciones de la asamblea de propietarios" (sic)

Segundo cargo. Violación del artículo 29 de la Carta Política de 1991, que consagra el debido proceso, pues al dársele atribuciones a la Asamblea de Copro-

pietarios para aplicar penas pecuniarias y limitaciones a la utilización de servicios se olvida que las mismas sólo pueden ser ejercidas por los organismos judiciales del estado a quienes compete juzgar a los presuntos deudores con observancia de las formas propias del proceso ejecutivo, ya que para condenar al pago de deudas se debe establecer su existencia y cuantía a quién corresponde su pago.

Tercer cargo. Violación de los artículos 120 ordinales 2o. y 3o. y 55 de la Constitución Política de 1886, pues con la expedición de la norma acusada el Presidente de la República en lugar de obedecer las leyes las desobedece pues las adiciona con previsiones no consagradas en ellas e invade, de esta manera, el campo que corresponde a la Rama Legislativa del Poder Público.

c. 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. 32 a 36 y 64 a 69):

En cuanto a la primera pretensión de la demanda, es decir la declaratoria de nulidad de la expresión "además de las establecidas en las leyes", debe tenerse en cuenta que si de acuerdo con el artículo 3o. de la Ley 16 de 1985 la propiedad horizontal forma una persona jurídica distinta de los propietarios de los bienes de dominio particular o exclusivo, individualmente considerados, y conforme al artículo 633 del Código Civil la persona jurídica es un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, la Asamblea de copropietarios que es su órgano supremo de administración, para el cumplimiento de sus funciones debe celebrar contratos de diferente naturaleza, los cuales se encuentran regulados en otras normas, tales como las contenidas en los Códigos Civil, Comercial y Laboral, a los que se refiere la norma demandada. De esta manera el actor incurrió en un error de interpretación al creer que las "leyes" a que se refiere la norma demandada son aquellas contenidas en las disposiciones que reglamenta el decreto acusado, cuando la verdad es que dicho término alude "...a las leyes en general, a todas las normas que regulan la actividad de las Asambleas Generales en sus más amplias funciones".

Por lo que respecta a la segunda expresión acusada ha de decirse que si conforme al artículo 12 de la Ley 182 de 1948 "todo acuerdo que entrañe *la imposición de gravámenes extraordinarios—, o que tenga por objeto la construcción de mejoras voluntarias o que implique una sensible alteración en el goce de los bienes comunes*, requerirá la unanimidad de los copropietarios asistentes a la respectiva reunión" (subrayas de la parte demandada), ello quiere decir que la ley sí previó los gravámenes extraordinarios tales como las sanciones pecuniarias y la limitación a la utilización de ciertos servicios, esto último que indiscutiblemente conlleva una sensible alteración en el goce de los bienes comunes y es de competencia de la asamblea general de propietarios.

De otra parte, resulta al menos "curioso" que el demandante cimente sus pretensiones en el artículo 13 de la Ley 182 de 1948 para referirse a expensas comunes, es decir, para todos y cada uno de los propietarios, cuando la sanción pecuniaria al moroso no es común sino particularizada en quien se encuentra en

situación de mora. De esto se deduce que "...la norma que invoca no es aplicable porque solo procede cuando la carga es común y no cuando es individual, con lo cual se desvirtúa la pretensa violación del artículo 29 de la Carta Constitucional".

En lo referente a los alegados excesos en el ejercicio de la potestad reglamentaria y a haberse invadido el campo de acción de la ley, ha de tenerse en cuenta que, precisamente, mediante las expresiones acusadas el Ejecutivo tan solo pretendió válidamente lograr la eficacia de las disposiciones legales, dictando los pormenores necesarios para su cumplida aplicación.

d. La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 24 de febrero de 1992 se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite de rigor (fls. 19 a 21).

Mediante providencia de 3 de julio de 1992 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto de fondo. De este traslado hicieron uso las partes más no la señora Agente del Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, relativo a la violación del artículo 13 de la Ley 182 de 1948, en el cual se consagra que "La copia del acta de la asamblea, celebrada de conformidad al reglamento de copropiedad, en que se acuerden expensas comunes, tendrá mérito ejecutivo para el cobro de las mismas", por las razones que se dejaron resumidas en la primera parte de este fallo, la Sala considera que las expresiones cuya nulidad se solicita no incurren en la alegada transgresión normativa, pues los mandatos en ellas contenidos, como funciones asignadas a la asamblea general de propietarios, no conllevan de ninguna manera el que para el cobro de las deudas por expensas comunes pueda obviarse la intervención del juez competente para hacer efectivos los títulos ejecutivos en los cuales conste la obligación, ya que para tales efectos el artículo 14 del mismo Decreto reglamentario acusado dispone lo siguiente:

> "Artículo 14. Para el cobro judicial de los aportes o cuotas en mora, aportes o cuotas extraordinarias, sanciones moratorias, a la copia de la parte pertinente del acta de la asamblea que determina las expensas comunes, deberá acompañarse certificación del administrador sobre la existencia y monto de la deuda a cargo del propietario deudor".

De otra parte, la Sala considera que al señalarse en la norma acusada como funciones de la asamblea general de propietarios, "*además de las establecidas en las leyes,* el presente decreto y el reglamento de administración de la propiedad

horizontal..." y la de "*...establecer las sanciones pecuniarias o limitaciones a la utilización de ciertos servicios que la asamblea determinará, a quienes incumplan con el pago oportuno de los aportes o cuotas fijadas*" (las subrayas corresponden a las expresiones demandadas), con ello tan solo está de una parte, reafirmando el respeto que se debe a aquellas funciones que como de competencia de dicho órgano de administración se encuentran contenidas no solo en las Leyes 182 de 1948 y 16 de 1985, sino en las demás disposiciones de jerarquía superior que regulan la vida jurídica de las copropiedades o propiedades horizontales y, en segundo lugar, estableciendo previsiones que se estiman "...convenientes para asegurar el cabal cumplimiento del objeto de la persona jurídica que se forma" (Ley 16 de 1985, art. 2o.), a cuyo establecimiento podía válidamente proceder el Ejecutivo Nacional sin contravenir las leyes reglamentadas, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 12 de la Ley 182 de 1948 tan solo contiene una enumeración enunciativa de las normas que deben estar comprendidas en el reglamento de copropiedad, como se deduce de la utilización, en su inciso primero, de la voz latina abreviada "*etc*", además de que el mismo artículo prevé expresamente que el reglamento de copropiedad contendrá, entre otros aspectos, el referente a "las funciones que correspondan a la asamblea de copropietarios", las cuales serán válidas como expresión de la autonomía de la persona jurídica, siempre y cuando que no se opongan al orden público, a la moral y a las buenas costumbres (art. 636 del Código Civil).

De otra parte, el mismo artículo determina que los acuerdos que entrañen la imposición de gravámenes extraordinarios, o que impliquen una sensible alteración en el goce de los bienes comunes requerirán la unanimidad de los copropietarios asistentes a la respectiva reunión, con lo cual se está indicando que es de competencia de la asamblea general de propietarios adoptar el tipo de medidas que estime más convenientes para el cabal cumplimiento de los objetivos propuestos, obviamente dentro de las limitaciones de que se habló en el párrafo anterior.

En relación con el segundo cargo. Aún cuando el actor cita como fundamento del mismo el artículo 29 de la Carta Política de 1991, lo cual entraña una falta de técnica jurídica debido a que frente al acto controvertido las únicas disposiciones que se pueden reputar como violadas son las existentes al momento de su expedición, la Sala, en aplicación de la jurisprudencia que sobre casos análogos ha adoptado, estudiará este cargo, haciendo la equivalencia entre la mencionada norma constitucional y el artículo 26 de la anterior Constitución Política, el cual, a pesar de referirse al debido proceso en materia penal, su aplicación se entendía predicable a todo género de actuaciones judiciales o administrativas.

Como se recuerda, el cargo se sustenta en que las sanciones pecuniarias y las limitaciones que a la utilización de ciertos servicios puede imponer la asamblea de propietarios a quienes incumplan con el pago oportuno de los aportes o cuotas fijadas constituyen una condena al pago de deudas, la cual solo debe provenir de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Para la Sala este cargo tampoco tiene vocación de prosperar, por las mismas razones expuestas en el análisis del cargo que antecede y, adicionalmente, por cuanto las mencionadas funciones asignadas a la asamblea de propietarios no

constituyen ni entrañan condena alguna al pago de deudas, sino, en el primer caso, a la fijación anticipada de intereses moratorios por el no pago oportuno de las cuotas o aportes fijados y, en el segundo caso, y de manera alternativa, más no concomitante con la anterior, debido a la utilización de la conjunción disyuntiva "o", al establecimiento de limitaciones al uso de servicios comunales en contra de los mismos propietarios incumplidos, todo por decisión no de ninguna autoridad sino de los mismos copropietarios, como quedó visto.

En relación con el tercer cargo, consistente en la violación de los artículos 120 ordinales 2o. y 3o. y 55 de la anterior Carta Política, la Sala considera que no habiendo prosperado ninguno de los anteriores cargos, éste correrá la misma suerte, pues la violación de dichas normas reposa en la transgresión de las disposiciones ya analizadas.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Deniéganse 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 ($2.000.00) 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.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

TESTIMONIO-Ineficacia

Toda vez que el contenido de la prueba solicitada y decretada es, a juicio del Despacho, eminentemente científico-técnica y al hecho de que el inpugnante haya señalado las personas que deben declarar, su práctica conllevaría a una ineficacia probatoria o tendrían tales testimonios exiguo mérito con respecto a la cuestión debatida, independientemente de que ellos contengan o no juicios de valor, por lo cual resulta improcedente su revocatoria. Debe tenerse en cuenta la prueba solicitada con respecto al tipo de proceso que se adelanta, toda vez que en casos como el presente en que se ejerce la acción de nulidad, los poderes del juez se circunscriben esencialmente a la confrontación de las normas superiores invocadas como transgredidas con el supuesto acto transgresor.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2078. Actor: *Oswaldo Hernández Ortíz*

Procede el Despacho a decidir el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto de 4 de septiembre de 1992, el cual tiende a obtener la revocatoria del decreto de las pruebas testimoniales en favor del impugnante de la demanda.

I. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante la providencia impugnada se abrió a pruebas el proceso y, en cuanto a las solicitadas por el impugnante, se decretaron los testimonios de los ciudadanos Jorge Enrique Ramírez Suárez y Sylvia del Socorro Suárez de Gamboa, quienes depondrán "...sobre las características tecnológicas y económicas de la

telefonía celular, sobre sus elementos integrantes y sobre las condiciones de su interconexión a las redes de telefonía fija y sobre las implicaciones del manejo de las frecuencias en la telefonía celular" (fls. 335 y 336, literales C.1., C.1.1., y C.1.2).

II. LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La parte actora fundamenta su desacuerdo con la providencia parcialmente recurrida en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 375 a 380):

Las pruebas decretadas en favor del impugnante de la demanda son propias de una peritación y no de una declaración o testimonio de terceros puesto que se trata de obtener una declaración sobre aspectos técnicos y científicos, y en esta clase de prueba el testigo "...debe limitar su declaración a hechos y solamente a estos", como se infiere de su campo y de su naturaleza jurídica, de acuerdo con los artículos 227 y 228 del C. de P.C.

Caso distinto, que no es el de las pruebas decretadas, es el del testimonio técnico a que se refiere el artículo 227 del C. de P.C., cuya procedencia solo es predicable en la medida en que no exceda los límites de la prueba testimonial. Tampoco se trata de informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales de que tratan el artículo 243 *ibídem*, pues el impugnante no lo solicitó así, ni fue decretado de esta manera.

La prueba solicitada por el impugnante persigue que los declarantes emitan juicios de valor sobre aspectos o hechos técnicos que pueden suceder o no en el campo de la telefonía celular y su relación con los planteamientos de la demanda y de los escritos de impugnación, por lo cual se trata de una peritación y no de un testimonio, este último que "...no puede ser ni pedido ni decretado en la forma que fue efectuado en el auto recurrido, pues al señalar quien solicita la prueba quiénes son los declarantes, estos se convierten en la práctica en "peritos de parte", y conduciría a un experticio irregular o a unos testimonios sin ningún valor probatorio".

Por último, la naturaleza de la acción y las pretensiones de la demanda conducen a que el caso *sub-judice* se sitúe en el terreno de la confrontación jurídica objetiva entre la norma superior y la subalterna, en el cual no tiene cabida la prueba testimonial, porque la discusión no se fundamenta en hechos anteriores.

III. CONSIDERACIONES

Para efectos de adoptar la decisión que corresponda sobre el recurso interpuesto, el Despacho considera indispensable para establecer la procedencia o improcedencia de la recepción de los testimonios recurridos, analizar la naturaleza del mencionado medio de prueba tal y como fue solicitado por la parte impugnadora en su contestación de la demanda, estableciendo así si se adecua o no a la esencia jurídica y características del mismo.

En efecto, el ciudadano Carlos Bernardo Carreño Rodríguez, en su condición de impugnante y en cuanto a declaración de terceros atañe, solicitó se citase a los señores Jorge Enrique Ramírez Suárez y Sylvia del Socorro Suárez de Gamboa, ingenieros electrónicos ambos, con el fin de que declaren *"sobre las características tecnológicas y económicas de la telefonía celular, sobre sus elementos integrantes y sobre las condiciones de su interconexión a las redes de telefonía fija"* (subrayas del Despacho). Además, en cuanto a la última persona mencionada, también "las implicaciones del manejo de las frecuencias en la telefonía celular".

Como bien se puede observar de lo anterior, tales declaraciones, en la forma como fueron solicitadas, requerirían por parte de quienes las rindieren, más que narración de hechos acaecidos, conceptos de carácter técnico y científico, los cuales, indudablemente, solo podrían provenir de personas que tuvieren como profesión la de ingeniería electrónica, siendo por tanto la prueba solicitada una labor más propia de peritos que de testigos técnicos.

Ahora bien, si en gracia de discusión pudiese pensarse que la prueba solicitada estuviese encaminada a obtener un testimonio técnico, consagrado en el artículo 227 del C. de P.C., ella tampoco podría haber sido decretada como tal, pues el impugnante no lo expresó así en su petición.

De acuerdo con lo anterior, toda vez que el contenido de la prueba solicitada y decretada es, a juicio del Despacho, eminentemente científico-técnica y al hecho de que el impugnante haya señalado las personas que deben declarar, su práctica conllevaría a una ineficacia probatoria o tendrían tales testimonios exiguo mérito con respecto a la cuestión debatida, independientemente de que ellos contengan o no juicios de valor, por lo cual resulta procedente su revocatoria.

Es menester, en igual forma, tener en cuenta, como lo afirma el recurrente, la prueba solicitada con respecto al tipo de proceso que se adelanta, toda vez que en casos como el presente en que se ejerce la acción de nulidad, los poderes del juez se circunscriben esencialmente a la confrontación de las normas superiores invocadas como transgredidas con el supuesto acto transgresor.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

Revócanse los literales C.1, C.1.1. y C.1.2 del ordinal 4o. de la parte dispositiva del auto de 4 de septiembre de 1992, y en su lugar se dispone:

Deniégase la práctica de los testimonios solicitados por el impugnante.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

VIA GUBERNATIVA-Requisito/**DEMANDA**-Requisitos/**CAUCION**

Una es la exigencia del numeral 2o. del artículo 52 del C.C.A., según su texto primitivo que recobró su vigencia después de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 4o. del Decreto Ley 2304 de 1989, hecha por la Corte Suprema de Justicia, y otra la del artículo 140 del C.C.A..según el texto definitivo resultante después de que la misma Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente inexequible su contenido. En efecto, la primera hace relación a uno de los requisitos que debe contener el escrito por medio del cual se interponen los recursos gubernativos ordinarios; la segunda, por el contrario, al requisito de la demanda contencioso-administrativa de otorgar "caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar cuando fuere desfavorable lo resuelto", cuando se trate de demanda de "impuestos, tasas, contribuciones o multas", que es el caso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2179. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda. Actor: *Alejandro Gallego Cano*

El actor dentro del proceso de la referencia, por conducto de su apoderado especial, interpuso recurso de APELACION contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, con fecha siete (7) de septiembre del presente año, en cuanto por ella se resolvió rechazar la demanda enderezada a obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 056 y 0477 de 1992, proferidas por el Juzgado Segundo Departamental de Rentas y la Gobernación del Departamento de Risaralda, respectivamente, en consideración a que el demandante no atendió el requerimiento que se le hizo por el *a-quo* en auto inadmisorio

de la demanda, para que ofreciera constituir, en favor de la demandada, la caución a que se refiere el artículo 140 del C.C.A., para garantizar el pago de lo adeudado a la Administración, según los actos administrativos acusados, con los recargos a que haya lugar, en cuanto le fuere desfavorable lo resuelto en el juicio.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Considera el señor apoderado del actor, en el escrito por medio del cual interpone y sustenta el recurso de apelación, que en el "cuerpo de la demanda rechazada expresé que no acompañaba comprobante de pago de la multa impuesta a mi poderdante GALLEGO CANO, porque no reconocía deber ninguna cantidad de dinero de dicha sanción y por ello invocaba el artículo 52 del Código Administrativo como sustento legal a fin de que se le diera curso a la demanda corregida pero, a la vez, acompañé comprobante de pago del timbre correspondiente al licor decomisado que es el único factor, diferente al valor de la multa, que se reconoce como debido al demandado Departamento de Risaralda".

"Así las cosas carece de soporte legal la tesis esbozada por la Sala de Decisión del Tribunal para rechazar la demanda, pues, olvida de otra parte que la norma por mí invocada está vigente y que el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil dispone: "Al interpretar la ley procesal, el Juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...".

"Como en el asunto cuestionado se discute el total de la multa por supuesta omisión oportuna de pagar impuesto de timbre de carácter departamental es improcedente exigir el cumplimiento del artículo 140 del Código Administrativo, porque la Ley 8a. de 1970 que es norma especialísima exhonera del pago previo de la suma discutida o de cualquiera otra exigencia de índole tributaria o que tenga alguna relación con pago de esta naturaleza".

En consecuencia, solicita el recurrente la revocatoria de la providencia impugnada, para en su lugar, disponer la admisión de la demanda.

LA DECISION

Para decidir, **se considera**:

1. Como bien lo expresó el a-quo, en la providencia apelada, una es la exigencia del numeral 2o. del artículo 52 del C.C.A., según su texto primitivo que recobró su vigencia después de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 4o. del decreto-ley 2304 de 1989, hecha por la Corte Suprema de Justicia, y otra la del artículo 140 del C.C.A., según el texto definitivo resultante después de que la misma Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente inexequible su contenido, mediante sentencia de 25 de julio de 1991.

En efecto, la primera hace relación a uno de los requisitos que debe contener el escrito por medio del cual se interponen los recursos gubernativos ordinarios

(acreditar el pago o el cumplimiento de lo que se reconoce deber, y garantizar el cumplimiento de la parte de la decisión que se recurre cuando esta sea exigible conforme a la ley); la segunda, por el contrario, al requisito de la demanda contencioso-administrativa de otorgar "caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar cuando fuere desfavorable lo resuelto", cuando se trate de demanda "de impuestos, tasas, contribuciones o *multas*" —que es el caso, anota la Sala—.

En consecuencia, no son de recibo, para decidir el recurso, las normas contenidas en el artículo 52 del C.C.A., invocadas por el apelante, si no la normatividad del artículo 140 ib.

2. Como así se lo hizo saber, de manera expresa y clara, el a-quo al señor apoderado del actor en el auto de 18 de agosto de 1992, por medio del cual se inadmitió la demanda y se ordenó su corrección, no obstante lo cual aquél insistió en la aplicación del artículo 52 del C.C.A., en concordancia con el artículo 4o. del C. de P.C., limitándose a consignar en el Banco Popular y a favor de la Gobernación del Departamento de Risaralda el valor del impuesto de timbre que originó o determinó la multa o sanción económica impuesta por los actos administrativos acusados, es decir, que no otorgó u ofreció otorgar la caución correspondiente a satisfacción del magistrado ponente, como perentoriamente lo exige el artículo 140 ib., la Sala considera que la providencia de rechazo de la demanda se encuentra ajustada a derecho y, por ello, deberá ser confirmada.

3. Finalmente, la Sala se permite observar en relación con la Ley 8a. de 1970, art. 9o.., parágrafo, invocada igualmente por el recurrente para fundamentar su pretensión o conducta de no consignar la sanción debida, o garantizar su pago mediante la caución que se le señale por el ponente, como lo exige el artículo 140 del C.C.A., que dicha norma es aplicable a los procesos contencioso administrativos en los cuales se controvierten actos administrativos por medio de los cuales se han liquidado impuestos de renta, patrimonio y complementarios, y sanciones originados en ellos, por parte de las administraciones de impuestos nacionales, y en donde solamente es obligación legal pagar el valor de la liquidación privada o la suma que se reconozca deber, pero no a los procesos contencioso-administrativos en donde se controvierten actos administrativos del orden departamental o municipal, a través de los cuales se ha liquidado un impuesto de esa naturaleza o una sanción o multa, tributaria o no.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia apelada, de fecha siete (7) de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos,

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CAR/DISTRITO DE RIEGO/TARIFA

Las normas acusadas quebrantan lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 182 de 1968, fundamentalmente en razón a que mientras en esta norma superior se establece para los usuarios de cada distrito de riego la obligación de cubrir, mediante tarifas fijas y volumétricas que se fijen, la suma que resulte en un presupuesto ordinario de "operación, conservación y mejoramiento", de vigencia anual, en aquella se establece que "la parte fija de la cuantía total por cobrar por el sistema de tarifas será igual a la suma de los gastos anuales de administración general y capital, de cada distrito", durante la vigencia anterior, y la parte volumétrica sí, por el contrario, surgirá de la cuantía total correspondiente a "los gastos anuales de operación y mantenimiento de cada distrito, en la vigencia anterior", sin fijación, por ende, de los porcentajes del presupuesto que se elabore para tal efecto, que deben ser cubiertos con esa tarifa volumétrica.

DECRETA LA NULIDAD de los artículos 2o., literales a) y b), 3o., 4o. y 5o. del Acuerdo No. 36 de 1982, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá —CAR—, hoy Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., Veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente, *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 1596. Acción de nulidad. Actor: *Francisco José Trujillo Cortés.*

El abogado y ciudadano FRANCISCO JOSE TRUJILLO CORTES, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de las siguientes normas del Acuerdo número 36 de 1982, emanado de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez —CAR—:

Artículo segundo, ordinales a) y b), que rezan:

"*Artículo Segundo*. El reglamento interno de funcionamiento de los Distritos de Riego y Drenaje de La Ramada y Fúquene-Cucunubá, contendrá un sistema tarifario que combine factores fijos y volumétricos de acuerdo con los siguientes criterios:

"a) La parte fija de la cuantía total por cobrar por el sistema de tarifas será igual a la suma de los gastos anuales de administración general y capital, de cada Distrito, en la vigencia anterior.

"b) La parte volumétrica de la cuantía total por cobrar por el sistema de tarifas será igual a los gastos anuales de operación y mantenimiento de cada Distrito, en la vigencia anterior.

"...".

"*Artículo Tercero*. Se autoriza al Director Ejecutivo de la Corporación para adelantar todas las actividades administrativas que sean indispensables en la adopción, revisión y reforma de los reglamentos internos de funcionamiento de los Distritos de Riego y Drenaje, de la Ramada y Fúquene-Cucunubá y en especial para poner en funcionamiento el sistema tarifario a que se refiere el artículo anterior a partir del 1o. de enero de 1983 y respecto del período fiscal de 1982".

"*Artículo Cuarto*. Autorizar al Director Ejecutivo para que al poner en funcionamiento el sistema tarifario de que trata el presente Acuerdo, tenga provisionalmente como área física de los predios riberanos las que figuran en los listados de la CAR y que han servido de base para la liquidación de la tarifa hasta la fecha. Una vez determinados sobre el terreno, las playas lacustres, el Director Ejecutivo asignará en definitiva las respectivas tarifas".

"*Artículo Quinto*. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las normas que le sean contrarias".

I. FUNDAMENTOS BASICOS DE LA ACCION

Considera el accionante que:

a) El ordinal a) del artículo segundo del acto acusado viola el artículo 16 del Decreto 182 de 1968, que dispone que "Para cada distrito de riego fijará un presupuesto ordinario de operación, conservación y mejoramiento, de vigencia anual, que será cubierto por los usuarios a través de tarifas fijas y volumétricas" y que "En el reglamento específico de cada distrito se fijarán los porcentajes de este presupuesto que será cubierto con dichas tarifas, la participación de la Junta General de Usuarios en la elaboración del Presupuesto y las fechas de cobro", pues, contrariando la voluntad del legislador, el acto acusado impone a los usuarios atender los gastos que, sin sujeción a presupuesto alguno, haya realizado la Corporación en la Administración General y Capital durante la vigencia anterior.

Igualmente, por cuanto dispone el recaudo de gastos de Administración General y de Capital, cuando la norma legal solamente autoriza el recaudo de gastos de operación, conservación y mejoramiento, quedando por ello a cargo de la entidad estatal los gastos de Administración y de Capital que se causen.

También, encuentra violada la norma precitada, al cargarse a los usuarios la totalidad de los gastos referidos, teniendo en cuenta que la norma legal establece que solamente será un porcentaje de los mismos el que debe ser atendido con las tarifas.

b) El numeral b) del citado acuerdo básicamente viola por los mismos conceptos o razones que el anteriormente analizado numeral a), el artículo 16 del Decreto 182 de 1968. Debo aceptar sí, agrega, que los conceptos de "Operación y Mantenimiento" que se ordena cobrar a los usuarios, sí son sustancialmente los autorizados por la norma legal violada, a pesar de que no se utilice textualmente la misma palabra al referirse a "CONSERVACION", pues es concepto idéntico de "MANTENIMIENTO" considerado por la ley.

c) El artículo tercero acusado viola también el artículo 16 del Decreto 182 de 1968 al autorizar al Director Ejecutivo de la CAR, para poner en funcionamiento el sistema tarifario, a partir del período fiscal de 1982, sin sujeción alguna a presupuesto ordinario anual de operación, obviamente sin participación alguna de la Junta General de Usuarios.

d) El artículo cuarto del citado Acuerdo viola el artículo 8o. del Decreto 182 de 1968 al autorizar al Director Ejecutivo de la CAR, para utilizar unos "Listados de la C.A.R." que han servido de base para la liquidación de tarifas hasta la fecha, sin tener en cuenta ni ordenar el alinderamiento del Distrito.

e) Finalmente, el artículo 5o. acusado viola el artículo 43 del Decreto 01 de 1984, al disponer que rige desde su expedición, sin ordenar publicación alguna.

II. TRAMITE

Mediante proveído de 11 de diciembre de 1990 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del artículo 5o. del acto enjuiciado, decisión ésta última que se confirmó al decidir la Sala el recurso de reposición interpuesto por el accionante.

Notificado el auto admisorio de la demanda al representante legal de la persona jurídica de derecho público demandada, éste constituyó apoderado especial para oponerse a las pretensiones de la demandada, el cual procedió al efecto; empero, mediante providencia de 20 de noviembre de 1991 no se tuvo por contestada la demanda, por haber sido presentado el escrito correspondiente extemporáneamente.

Durante el término de traslado a las partes para alegar de conclusión, solamente lo hicieron la apoderada especial de la demandada y un tercero que intervino para oponerse a las súplicas de la demanda y coadyuvar a la CAR.

Por su parte, la agente del Ministerio Público ante esta Sección rindió su concepto de rigor con fecha 9 de noviembre de 1992, en el sentido de solicitar que se acceda a las peticiones de la demanda.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA OPOSICION

Apoderada de la parte demandada y tercera-interviniente, en su alegato de conclusión, para oponerse a las pretensiones de la demanda, sostienen, en síntesis:

a) Que el acto acusado no es un acto administrativo de carácter general, sino un simple acto interno de la CAR, que "sobre la base de una 'calificación' de un sistema hidráulico como 'Distrito de Riego' que no es más que una ratificación de lo dispuesto en el Decreto 182 de 1968", faculta al Director de la Corporación a "realizar todos aquellos actos tendientes a dar aplicación a la normatividad contenida en el Decreto 182 de 1968".

Por lo mismo, el Acuerdo no necesitaba de su publicación en el Diario Oficial, no obstante que los derechos de publicación se hayan pagado posteriormente. No obstante, aun aceptando en gracia de discusión que se trata de un acto de carácter general, se debe tener en cuenta, de una parte, que el artículo 43 del C.C.A., de expedición y vigencia posterior, no puede resultar violado o quebrantado por el artículo 5o. acusado, y de otro lado, que para la fecha de su expedición y en razón de la falta de claridad en este aspecto en el Decreto 2733 de 1959, la doctrina, entonces, aceptaba que los actos de carácter general regían aun sin la publicación.

b) Respecto al ordinal a) del artículo 2o. del acto acusado, considera que las normas de este son de idéntico contenido de fondo a las contenidas en el decreto 182 de 1968, y, por lo tanto no se contraponen.

c) En cuanto hace relación al ordinal b) del mismo artículo se "tienen idénticas consideraciones a las señaladas frente al literal a), con la única variación del término conservación' por mantenimiento', que, tal como lo señala el actor, se refieren al mismo concepto".

d) El artículo 3o.demandado, no hace más que autorizar al Director para la revisión, revisión y reforma de los REGLAMENTOS INTERNOS de funcionamiento de los Distritos de Riego y Drenaje, y en especial para poner en funcionamiento el sistema tarifario.

No autoriza el artículo demandado al Director Ejecutivo para poner en funcionamiento el sistema tarifario, como lo afirma el actor, "sin sujeción alguna a presupuesto ordinario anual de operación y sin participación de la Junta General de Usuarios", puesto que, como se vio, la autorización e instrucción al Director Ejecutivo consiste en expedir un "reglamento interno", que incluye la sujeción a un presupuesto anual y en el cual se da cabal cumplimiento a lo establecido en el Decreto 182 de 1968.

e) En cuanto al artículo 4o. también acusado, es necesario observar que el artículo 8o. del decreto 182 de 1968, dispone que "En dicho reglamento se señalarán

los linderos generales del Distrito, las aguas de que dispone y las autoridades encargadas de su manejo", y que la CAR ha respetado ese principio de la territorialidad, toda vez que la CAR presta el servicio teniendo en cuenta la delimitación efectuada en el Estudio Sistema Fúquene-Cucunabá-La Ramada, elaborado por el ingeniero Jaime Gómez Morales, informes 2o. y 6o., de los cuales se anexa fotocopia.

Es así como de conformidad con el alinderación efectuado se determinó la zona de influencia del Distrito, con fundamento en lo cual se estableció el Listado de Usuarios que ha servido de base para la liquidación de las tarifas.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Como ya se dijo, la señora Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación solicita se acceda a las peticiones de la demanda, en razón a que:

1o. Analizados los literales a) y b) del artículo 2o. demandado, bien se advierte que en ellos se da cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 16 de la norma superior, respecto de los criterios que deberán tenerse en cuenta en el reglamento interno del Distrito de Riego y Drenaje para fijar el sistema tarifario de cobro con base en factores fijo y volumétricos. Empero, en ellos no se hace alusión al presupuesto ordinario de gastos del citado Distrito; es decir, que no se tuvo en cuenta que la fijación de las tarifas debería estar precedida de una existencia de un presupuesto que contuviera los marcos generales para que los usuarios procedieran a colaborar en la operación, conservación y mantenimiento a través de la cancelación de ellas.

Claro que a esta conclusión se llega —dice la agencia fiscal— por cuanto no aparece en el proceso documento alguno que pruebe la existencia del reglamento interno del citado Distrito, y por consiguiente el presupuesto ordenado, amén de que en la certificación que obra a folios 5 a 7 del expediente, el Secretario General de la CAR, acepta la inexistencia del reglamento y la consecuente ausencia del denominado presupuesto ordinario.

2o. En cuanto al artículo 3o. demandado, la falta del presupuesto ordenado en el artículo 16 del decreto 182 de 1968 hace procedente la petición de su nulidad. Sobre el argumento de que no se contó con la junta general de usuarios, es apenas obvio que ello no aconteció, pues no hubo reglamento ni se expidió presupuesto alguno.

3o. Por lo que hace al artículo 4o. del Acuerdo *sub judice*, el planteamiento y la situación es la misma descrita en el análisis anterior: determinar sí el Distrito se encuentra debidamente alinderado sólo sería posible si existiera en el proceso el documento que lo contenga. De todas maneras es claro que en el artículo acusado no se tiene en cuenta para nada el debido alinderamiento del distrito que se debía hacer por mandato del artículo 8o. del decreto 182 de 1968.

4o. Finalmente, en lo que atañe al artículo 5o. del acto demandado, considera la Procuraduría, partiendo de la premisa de que no se está en presencia de un acto

interno de la Administración, sino de un acto administrativo de carácter general, que es igualmente nulo, no por cuanto se hubiere quebrantado el artículo 43 del actual C.C.A., que no había sido expedido, ni regía en el momento de expedicióm del Acuerdo acusado, sino por cuanto es principio rector de nuestro ordenamiento jurídico que las normas no obligan sino en virtud de su promulgación o publicación (artículo 52 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal), así el demandante no acierte en la cita de la disposición superior violada.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

lo. *Los literales u ordinales a) y b) del artículo 2o. del Acuerdo acusado.*

Para la Sala es indubitable que las normas acusadas quebrantan lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 182 de 1968, fundamentalmente, en razón a que mientras en esta norma superior se establece para los usuarios de cada distrito de riego la obligación de cubrir, mediante tarifas fijas y volumétricas que se fijen, la suma que resulte en un presupuesto ordinario de "operación, conservación y mejoramiento", de vigencia anual, en aquella se establece que la "parte fija de la cuantía total por cobrar por el sistema de tarifas será igual a la suma de los gastos anuales de administración general *y capital*, de cada Distrito", durante la vigencia anterior, y la parte volumétrica sí, por el contrario, surgirá de la cuantía total correspondiente a "*los gastos anuales de operación y mantenimiento de cada Distrito*, en la vigencia anterior", sin fijación, por ende, de los *porcentajes* del presupuesto que se elabore para tal efecto, que deben ser cubiertos con esa tarifa volumétrica.

Desde luego, observa la Sala, que todo ello debe hacerse con la previa elaboración y expedición de un Presupuesto, con intervención de la Junta General de Usuarios de cada Distrito de Riego, que no se ha dado, según certificación expedida por el Secretario General de la demandada, para el Distrito de Riego Fúquene-Cucunubá, ni para el año de 1982, ni para el de 1983, que eventualmente conduciría a que se impugnara, por tal causa, el acto administrativo dictado por el Director Ejecutivo de la Corporación demandada, por medio del cual se fijarán, en concreto, las respectivas tarifas. Este aspecto, sin embargo, no debe por ahora ser tenido en cuenta por la Sala, pues no se sabe realmente si el Director Ejecutivo puso en funcionamiento el sistema tarifario para esos años de 1982 y 1983, y, porque de los literales del artículo 2o., del acto acusado, no surge expresamente la no obligación legal consagrada en el art. 16 del decreto 182 de 1968, de la previa elaboración y expedición o aprobación del respectivo presupuesto, con la intervención de la Junta General de Usuarios.

Prospera el cargo.

2o. *El artículo 3o. del acto acusado*

Esta norma igualmente quebranta, para la Sala, el artículo 16 del Decreto 182 de 1968, por cuanto autorizó al Director Ejecutivo de la Corporación demandada para poner en funcionamiento el sistema tarifario, para el año de 1982 y para los años subsiguientes, sin que, como lo certifica el señor Secretario General de la CAR, exista ni reglamento del Distrito de Riego Fúquene-Cucunubá, ni de otra parte, un presupuesto anual ordinario elaborado con la intervención de la Junta General de Usuarios de aquel.

Prospera, entonces, el cargo.

3o. *El artículo 4o. del Acuerdo demandado*

El cargo contra dicha norma también esta llamado a prosperar, pues evidentemente se ha desconocido lo dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 182 de 1968, sobre la necesidad de que en el reglamento que se elabore para el respectivo Distrito de Riego se señalen específicamente los linderos generales del mismo, es decir, lo que se conoce comúnmente como "zona de influencia" de la obra, lo que determina quiénes son los propietarios de los terrenos o inmuebles que, por recibir los beneficios que proporciona el respectivo Distrito, deben cubrir las correspondientes tarifas, reglamento que, como ya se expresó, no se ha elaborado y expedido para el Distrito de Riego Fúquene-Cucunubá, aun cuando sea cierto e incontrovertible, según las pruebas allegadas al proceso por formar parte de los antecedentes administrativos remitidos, que existe todo un estudio, al parecer completo y serio, elaborado por ingeniero consultor contratado por la CAR, sobre ese particular, que podrá ser utilizado en el momento de la elaboración y expedición del reglamento a que se ha venido haciendo referencia. Prospera, en consecuencia, el cargo.

4o. *El artículo 5o. del Acuerdo demandado*

Finalmente, aun cuando no por quebrantamiento del artículo 43 del C.C.A., invocado expresamente por el accionante, ya que dicha norma no se había expedido, ni por tanto regía, en el momento de proferirse el acto acusado, sino por aplicación de un principio general de derecho, contenido en el artículo 52 del C. de R.P. y M. referido a la ley y no a los actos administrativos generales, según el cual a nadie le puede obligar a lo que no es conocido o debe serlo por todos, de lo que se deduce, como ha tenido oportunidad de expresarlo esta Corporación, que la ley y el acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y abstractas, no obliga sino en virtud de su promulgación, entendida por tal su publicación en el periódico oficial, ésta disposición contenida en el artículo 5o. del Acuerdo demandado, debe ser anulada.

Por lo demás, no son de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de la demandada y la tercera interviniente para oponerse a las pretensiones de la demanda, sobre que se está en presencia de un acto interno que sólo incide respecto de la persona pública a la cual pertenece el órgano que lo expidió, no juzgable, por tanto, por esta jurisdicción, y no de un acto administrativo general, pues los ordenamientos contenidos en el Acuerdo acusado, es claro que proyectan sus efectos

sobre todas las personas que poseen propiedades en la zona de influencia del Distrito de Riego Fúquene-Cucunubá y, que, por consiguiente, se ven obligadas a pagar las tarifas que se fijen con fundamento jurídico en el Acuerdo dictado en ejercicio de las facultades de la ley 3o,. de 1961 y el decreto 182 de 1968.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de la agente del Ministerio Público,

FALLA:

Decrétase la nulidad de los artículos 2o., literales a) y b), 3o., 4o. y 5o. del Acuerdo Número 36 de 1982, expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá -CAR-, hoy Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez.

Devuélvase al actor la suma de dinero que depositó para gastos del proceso y que no hayan sido utilizados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al representante legal de la demanda, archívese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha noviembre 19 de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONCEJO MUNICIPAL/QUORUM DELIBERATORIO/QUORUM DECISORIO/CONCEJAL SUPLENTE.

Conformado el cabildo por trece concejales principales con sus respectivos suplentes, el *quórum* deliberatorio se integra por cinco concejales y el decisorio por siete. El *quórum* se integra con la presencia y actuación en las sesiones de los concejales suplentes, solo en la medida en que se haya comprobado la ausencia temporal de los principales con un medio documental que repose en la Secretaría del Concejo, del cual el Secretario de la Corporación edilicia pueda dar fe, y amerite, en consecuencia, llamar al suplente respectivo, para lo cual se tendrá en cuenta el orden de colocación en la respectiva lista electoral. Desde luego la actuación del suplente solo podrá darse válidamente después de tomar posesión del cargo. No basta, pues, una excusa telefónica o verbal; y la ausencia no debe ser simplemente accidental como sí era posible en el régimen anterior. Si antes era para llenar faltas absolutas o accidentales de los principales, ahora es para las absolutas y temporales. Esto significa que el retiro accidental o momentáneo de un concejal principal no habilita al suplente para actuar en ese momento.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Ref: Expediente No. 1832. Recurso de apelación contra la sentencia de 12 de agosto de 1991, proferida por Tribunal Administrativo del Tolima. Actores: *Federico Forero y Luis A. Martínez Sendoya.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Honda contra la sentencia de la referencia que declaró la nulidad del Acuerdo número 12 de 6 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Honda, Tolima, y por el cual se declara de utilidad pública e interés social una zona urbana de la referida localidad.

El cargo que dió lugar a la decisión anulatoria apelada no fue el medular de la controversia, esgrimido en el proceso 6905 al que se acumuló el 7037, y que el a-quo en sus considerandos acertadamente desestimó arguyendo que los concejos municipales sí tienen facultad tanto constitucional (arts. 30 y 197) como legal (Ley 9a. de 1989, Decreto Ley 1333 de 1986, en sus arts., 44 y 45, y otras que se expidieron a raíz de la erupción volcánica del Nevado del Ruiz) para declarar de utilidad pública e interés social inmuebles urbanos y sub-urbanos, como fue en la que se fundó el acuerdo acusado; ni tampoco el de falsa motivación, aducido en el mismo expediente, que no fue considerado en el fallo, sino el referente al vicio de expedición irregular del acto, alegado en el expediente acumulado 7037, sobre el que en la sentencia se argumentó con los elementos de juicio que a continuación se sintetizan y respecto de los cuales el recurrente, municipio de Honda, manifiesta su disentimiento.

Aduce el Tribunal que el aludido vicio se configura por la conformación ilegal del quórum necesario para que naciera a la vida jurídica el acuerdo No. 012 de 6 de junio de 1989, en razón a que asistieron y aprobaron los otros debates concejales suplentes no autorizados válidamente al no existir documento o excusas de la ausencia temporal de los principales.

Al asistir y tomar parte en la aprobación de los debates del acto administrativo demandado concejales suplentes sin la excusa de la ausencia del respectivo concejal principal ante la Secretaría del Concejo, se están violando los artículos 70, 71 y 72 del Decreto 1333 de 1986, pues estando integrado el Concejo Municipal de Honda por 13 miembros, era quórum legal el de 7 que con la concurrencia de 4 principales en el primer debate, 3 de igual categoría en el segundo y 5 en el último no se conformaba, lo que se comprueba con las actas números 080, 082 y 083; constancia del Secretario del Concejo donde consta su integración, no tachada de falsa, y certificación expedida por su Presidente sobre la no asistencia ni excusas de cabildantes principales a las sesiones de los días 19 y 26 de mayo y 6 de junio de 1989.

Si estaba sometido el Acuerdo No. 12 de 1989 para su expedición a la formalidad del quórum, que no se llenó, como ya se dijo, con los requisitos del Código de Régimen Municipal y que eran de obligatorio cumplimiento al no existir prueba de que se hubiera expedido un reglamento interno del Concejo Municipal de Honda posterior a la vigencia de aquel estatuto por haber quedado derogados los existentes, hay que concluir, dice al *a-quo*, que el acto administrativo fue expedido irregularmente, lo que afecta su validez quedando el Tribunal exonerado del considerar el otro cargo de nulidad —falsa motivación—, expresado por el accionante del proceso 6905.

En orden a respaldar su criterio acerca del quórum decisorio y necesario para la validez de las decisiones en las corporaciones públicas integradas por miembros impares y definir la mayoría absoluta, trajo a colación apartes de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Concejo de Estado el 31 de agosto de 1988 en el expediente número 0174 de la que fue ponente el que ahora lo es en el presente fallo.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado del demandado municipio de Honda manifiesta su discrepancia con el fallo apelado, arguyendo, en esencia, lo siguiente:

Como consta en el material probatorio anexo a la contestación de la demanda, y en especial en las fotocopias de las actas de los debates y las citaciones o notificaciones a los señores concejales para dichos debates, las suplencias se habilitaron para actuar en ellos precisamente porque los principales inasistentes firmaron su respectiva citación o presentaron la excusa válida. Y según la jurisprudencia, no es necesaria la presentación antelativa de la excusa de inasistencia sino la notificación al concejal principal para concurrir a los debates, porque con ella se cumple el objetivo de darle a conocer su realización para aprobar un determinado acuerdo.

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Conceptúa la señora Agente del Ministerio Público que no se dio la irregularidad en la aprobación del Acuerdo acusado puesto que sí hubo *quórum* deliberatorio y decisorio en cada una de las sesiones en que se aprobó en tres debates el mencionado acto administrativo, a las cuales, a cada una de ellas, asistieron no menos de siete concejales, entre principales y suplentes habilitados, y teniendo en cuenta que el Concejo Municipal de Honda, según esta demostrado, esta integrado por 13 concejales principales con sus respectivos suplentes.

De otra parte, a falta de reglamento interno, la actuación de los concejales suplentes está gobernada por el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, donde no se exige como única prueba de la ausencia temporal del concejal principal la previa excusa escrita de éste, por lo que basta que se compruebe su ausencia en otra forma, por ejemplo, con la constancia de la citación en debida forma y la verificación de la inasistencia del concejal principal citado. La certificación del secretario del Concejo (folio 1 —único del cuaderno 2) en el sentido de que los concejales suplentes que actuaron en la sesiones del 19, 23 y 26 de mayo y 6 de junio de 1989 "se encontraban debidamente posesionados" es bastante para dar por cumplida la exigencia de la citada norma del Código de Régimen Municipal.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La cuestión litigiosa se sitúa en la validez de la actuación de los concejales suplentes, a fin de establecer si las deliberaciones y aprobación del acuerdo impugnado se surtieron con el debido *quórum*.

A la fecha de la expedición del acto acusado el *quórum* deliberatorio y decisorio en las corporaciones públicas se regía por los artículos 82 y 83 de la Constitución de 1886 (hoy gobernado por los artículos 145 y 148 de la Carta de 1991).

Acerca del *quórum* decisorio en las corporaciones públicas, cuando el número de sus miembros es impar, caso del Concejo Municipal de Honda, integrado por 13 miembros según certificación que obra a folio 15 del expediente 7037, el fallo del *a-quo* es inobjetable, como que se apoyó justamente en el lineamiento jurisprudencial de esta Corporación que precisa que en hipótesis como la señalada "debe tomarse la noción defecto del número que resulta de dividir por dos el número de votantes, más la unidad, lo cual determina el número de votos a favor de la decisión mayoritaria..." que en el caso *sub exámine* sería, jurídica, aritmética y lógicamente, de 7, que fue el tenido por el Tribunal como quórum legal decisorio.

Los artículos 70 y 71 del C. de R.M. reproducen aquellas normas. Y el artículo 72, que reproduce el 61 de la Ley 11 de 1986 —Estatuto Básico de la Administración Municipal—, establece:

> "Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan entre otras, las normas referentes a la validez de las convocatorias a las reuniones y la de la actuación de los concejales elegidos en calidad de suplentes. Mientras se expiden tales reglamentos, los concejales suplentes sólo podrán actuar válidamente cuando se presente la vacancia transitoria o absoluta, o la ausencia temporal del respectivo concejal principal y esta circunstancia se compruebe documentalmente ante la secretaría del concejo".

Con la certificación que aparece a folios 15 a 17 del expediente 7037 se acredita que no existe reglamento interno del Concejo Municipal de Honda a partir de la vigencia del Decreto 1333 de 1986, razón por la cual la actuación de los concejales suplentes se rige por lo previsto en el artículo pretanscrito.

El mencionado Cabildo, como atrás se anotó, y según certificación visible a folio 14 del citado expediente, estaba entonces conformado por 13 concejales principales con sus respectivos concejales suplentes. Así, que, conforme a la preceptiva de los artículos 70 y 71 del C. de R.M. y a la interpretación jurisprudencial a que atrás se hizo referencia, el *quórum* deliberatorio de la corporación edilicia de Honda se integraba por cinco concejales y el decisorio por siete.

Sobre la anterior base legal y jurisprudencial, procede examinar si hubo quórum en las sesiones en que se debatió y aprobó el Acuerdo impugnado, así:

1. A la sesión del 19 de mayo de 1989, en la cual se dio primer debate con aprobación unánime, al proyecto de acuerdo número 12, asistieron siete concejales, según lo amerita el acta correspondiente, distinguida con el número 080, visible a folio 4 fte, y vto., de los cuales 4 eran principales y 3 suplentes, conforme se deduce al confrontarse la lista que el acta relaciona con la integración que del Concejo trae la certificación que obra a folio 14 del expediente 7037.

2. A la sesión del 26 de mayo de 1989, en la cual se dió segundo debate con aprobación unánime, al mencionado proyecto de acuerdo, asistieron siete concejales, según lo amerita el acta correspondiente, distinguida con el número 082, visible a folios 9, fte. y vto., y 11 fte., de los cuales 3 eran principales y 4 suplentes, conforme se infiere al confrontarse la lista que el acta relaciona con la integración que del Concejo trae la certificación acabada de citar.

3. A la sesión del 6 de junio de 1989, en la cual se dió tercer debate, y se aprobó unánimemente, el proyecto de acuerdo número 12, asistieron nueve concejales, según lo amerita el acta correspondiente, distinguida con el número 083, visible a folios 11 vto. y 12 fte. y vto., de los cuales 5 eran principales y 4 suplentes, conforme se deduce al confrontarse la lista que el acta relaciona con la integración que del Concejo trae la certificación aludida en los párrafos precedentes.

Ahora bien, de conformidad con el pretranscrito artículo 72 del C. de R. M., la actuación del concejal suplente se reputa válida en la medida en que se acredita documentalmente la ausencia temporal del principal ante la secretaría del Concejo. No se prevé allí que la única prueba de su inasistencia consista en la previa excusa escrita de éste, como erróneamente lo entendió el Tribunal, aunque a no dudarlo es la mejor forma de acreditarlo. Dada la redacción de su texto, la no asistencia del principal puede demostrarse de cualquier otra manera, a condición de que sea con un medio de convicción documental.

En el presente caso se surtió adecuadamente la diligencia de citación a los principales a las sesiones en que se debatió y aprobó el Acuerdo 12 de 1989, como lo registran los folios 58 a 64 del expediente 7037, y se verificó la inasistencia de algunos de ellos, lo que se desprende de las actas correspondientes, ya precisadas. Ello, sin embargo, no es, como lo sostiene la providencia apelada y la señora Agente del Ministerio Público, suficiente para dar por cumplida la exigencia legal mencionada.

Para la Sala el *quórum* se integra con la presencia y actuación en las sesiones de los concejales suplentes, sólo en la medida en que se haya comprobado la ausencia temporal de los principales con un medio documental que repose en la Secretaría del Concejo, del cual el Secretario de la corporación edilicia pueda dar fe, y amerite, en consecuencia, llamar al suplente respectivo, para lo cual se tendrá en cuenta el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a voces con los artículos 66 y 73 del Decreto 1333 de 1986, cuyos textos son transunto fiel del artículo 196 de la Constitución de 1886, disposición ésta que corresponde al acto legislativo número 1 de 1968. Desde luego que la actuación del suplente sólo podrá darse válidamente después de tomar posesión del cargo según el inciso final del artículo 73 de aquel estatuto.

No basta, pues, una excusa telefónica o verbal; y la ausencia no debe ser simplemente accidental como si era posible en el régimen que imperaba antes de la vigencia de las precitadas normas, y en el cual se apoya infortunadamente el apelante. En efecto, aquel sistema que consagraba el artículo 3o. de la ley 84 de 1915 autorizaba, "por derecho propio" a los suplentes para "ocupar puestos en los concejos municipales mientras los principales respectivos no se hayan presentado a

ocupar su puesto, después de haber sido citados". Así que si antes era para llenar faltas absolutas o accidentales de los principales, ahora es para las absolutas y temporales. Esto significa que el retiro accidental o momentáneo de un concejal principal no habilita al suplente para actuar en ese momento.

Todo lo anterior permite afirmar inequívocamente que en la expedición del Acuerdo 12 de 1989 sí se dió la irregularidad aducida en el fallo impugnado, toda vez que no se demostró la ausencia temporal de los concejales principales con un medio documental pertinente como lo previene la parte final del precitado y pretranscrito artículo 72 del C. R. M., lo cual hubiera ameritado la validez de la actuación de los suplentes en las sesiones en que se aprobó el acto administrativo acusado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto 1201 de 31 de marzo de 1978, que esta Sala acoge, ha expresado sobre el particular que la concurrencia de los suplentes a las sesiones de los concejos "no es caprichosa, sino que está regulada. Debe previamente acreditarse y aceptarse la ausencia del principal, por falta absoluta o temporal, para orden de la Corporación y para que no se rebase el número legal que la constituye y que puede intervenir en sus deliberaciones. Proceder de manera contraria es clara violación del orden jurídico...".

La apelación, en consecuencia, no prospera.

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 Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida el 12 de agosto de 1991, por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo número 012 del 6 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Honda.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/JUSTO TITULO-Inexistencia/ **DERECHO ADQUIRIDO**-Inexistencia.

La solicitud de matrícula de las camionetas para el servicio colectivo, fue presentada al año siguiente de la expedición del Decreto 3052 de 1985 que dispuso la suspensión del ingreso al servicio colectivo de pasajeros de vehículos con capacidad inferior a treinta y un pasajeros.Fue en obedecimiento de la superioridad de la norma, que fue denegada la petición de autorización de matrículas. Paradójicamente se está demandando su nulidad porque se dictó en obedecimiento de la norma superior a la que debía estar sometida. Es la inferioridad de la resolución de la Directora Regional del Intra la que se alega como derecho adquirido y como justo título. El "justo título", expresión que ha sido aplicada a la posesión regular de las cosas, no puede alegarse en tratándose del derecho público pues, si el artículo 765 del C.C. estipula que "el justo título es constitutivo o traslaticio de dominio", mal podría concebirse que una sociedad transportadora como la actora pudiera disponer de una autorización de la autoridad competente para aumentar su capacidad de vehículos o para hacer uso de tal o cual vía como ruta de servicio, enajenando, cediendo o trasladando a cualquier título dicha autorización. No se entiende cómo una resolución que desarrolla un servicio público, al que le es comunidad inmanente la permanente modificación y cambio de acuerdo con las necesidades de la comunidad que lo goza, puede constituirse en un impedimento para que sean dictadas otras normas que procuran la mejora del mismo servicio con el peregrino argumento de que es un "derecho adquirido".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente No. 2112. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: *Sociedad Transportadora y Distribuidora Automotora S.A. Sidauto S.A.*

Entra la Sala por medio de esta providencia, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 18 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Acuerdo No. 048 del 24 de Noviembre de 1986 emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte —INTRA—.

LA ACCION.

Mediante apoderado judicial, la Sociedad Transportadora y Distribuidora Automotora, S.A. "SIDAUTO S.A.", demandó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, "en ejercicio de la acción de restablecimiento", la nulidad del Acuerdo No. 048 de noviembre 24 de 1986, expedido por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en su calidad de Presidente de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte, mediante el cual niega las peticiones de ingreso al servicio público colectivo de pasajeros, de los vehículos con capacidad inferior a treinta y un (31) pasajeros, elevadas por la empresa SIDAUTO S.A.

Señala el actor como violadas por el acto demandado, varias disposiciones constitucionales y legales, afirmando además que "Los actos administrativos que crean una situación jurídica particular y concreta, como la Resolución 016 de 1985, no pueden ser revocados directamente por la Administración, ni expresa ni tácitamente".

Cuando la Administración considere que un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, es ilegal o resulta contrario al interés público o social, debe ejercitar la denominada "acción de lesividad", es decir, demandar su propio acto ante las autoridades jurisdiccionales.

Solicita el actor que, a manera de restablecimiento del derecho, se declare que la sociedad demandante está autorizada por la Resolución No. 016 de febrero 15 de 1985 de la Directora Regional del Instituto Nacional del Transporte en Bogotá a ingresar al servicio público colectivo de pasajeros, los vehículos automóviles, para el radio de acción urbano en la ciudad, hasta complementar la capacidad transportadora fijada por el artículo 2o. de la misma Resolución.

Asimismo "que se condene solidariamente a la Nación Colombiana, representada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte representado por su Director, a pagar a la parte demandante todos los perjuicios causados por el acto acusado, cuyo monto se liquidará mediante el incidente de que trata el artículo 308 del C. de P. C.".

EL FALLO APELADO.

El Tribunal de primera instancia, profirió el 18 de junio de 1992, el fallo que es ahora motivo de recurso.

En la sentencia, comienza el *a-quo* examinando el pretendido derecho adquirido de la demandante, con base en la Resolución No. 016 de febrero 15 de 1985 que amplió la licencia de funcionamiento y clasificó la sociedad, en el servicio colectivo en el tipo vehículo automotor, para matricular 170 vehículos que le restaban como saldo de la capacidad automotora que le habían señalado como máxima. Entre sus varias consideraciones, expresa el fallo recurrido:

> En el caso de la actora como le restaba una capacidad de 170 vehículos debía llenar tal capacidad con automotores del tipo previsto en el Decreto 3052 de 1985, por lo que tampoco se le estaba desconociendo el contenido de la Resolución No. 016 de febrero 15 de 1985; solo que por razones de interés común se reguló dicho aspecto del servicio público de transporte discriminando el tipo de vehículos que podían ingresar al servicio: bus, tal vez en aras de impedir la congestión que hoy ahoga las vías de la ciudad capital y de prestar un mejor servicio a las clases menos favorecidas que no son usuarias de taxis individuales ni colectivos sino de buses".

Sobre el tema de los derechos adquiridos y su relación con situaciones consolidadas y su no consagración en el Derecho Público, se cita en la sentencia una jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en la que se afirma que "En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos. Esta noción admitida por el derecho universal, se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas", deduciéndose en la sentencia que "el planteamiento de que con la Resolución acusada se desconocieron derechos adquiridos en favor del INTRA no se demostró y por lo tanto no se probó el quebrantamiento de las normas constitucionales citadas como infringidas".

Finalmente, al analizar el Tribunal el cargo de la inaplicación del Decreto 3052 de 1985 al caso de la actora, manifiesta que no encuentra razón en la argumentación que la demanda trae al respecto, y explica:

> "Lo cierto es que en tratándose del servicio público que traduce el buen servicio teniendo como destinatario a todo el conglomerado, el Estado tiene plena competencia para regular cada cuanto lo considere más conveniente para la comunidad, y si, como en el caso concreto no se desconocieron los derechos de quienes ya habían obtenido la autorización de ingreso al servicio de automotores diferentes a buses, el Decreto 3052 de 1985 resultaba de obligatorio acatamiento para todos aquellos que aún no habían realizado tales solicitudes de autorización".

Como el INTRA había planteado la excepción de "Falta de ejecutoriedad del acto acusado" el *a-quo* lo interpretó como "excepción de falta de jurisdicción", declarando en el fallo que la excepción planteada no prospera. Igualmente, son denegadas las pretensiones de la demanda.

LA FORMULACION DEL RECURSO

A folio 181 del expediente, es visible el memorial con el que el actor interpone el recurso de apelación. Manifiesta que "Se fundamentó la demanda en el artículo 30 de la Constitución Nacional, vigente para la fecha de presentación del *libelo*, según el cual el Estado garantiza a todas las personas naturales y jurídicas, los derechos adquiridos con junto (sic) título".

Agrega, que "en el proceso se demostró plenamente que la demandante había adquirido el derecho al número de automotores señalado por la autoridad competente. Posteriormente la autoridad no podía revocar el acto administrativo, sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho. Y como se le impidió a la parte actora ejercer el derecho adquirido con junto (sic) título, el Estado debe indemnizar los perjuicios causados". Y concluye anunciando que oportunamente ampliará los fundamentos en que apoya su recurso.

LA SALA CONSIDERA:

Por lo que se acaba de transcribir, y por lo dicho en el informe secretarial constante a folio 2 del segundo cuaderno, el apelante se quedó a mitad del camino en la formulación de su derecho, ya que, lo único que manifestó fue que a la parte actora se le había impedido ejercer el derecho adquirido con lo que él llama repetidamente "junto título". Olvidó, sin embargo, ampliar, tal como lo había anunciado, los fundamentos de su alzada.

Se hará entonces referencia, también someramente a fin de no extralimitar los breves márgenes de la apelación, a los derechos adquiridos y al justo título (en el supuesto de que es eso lo que quiso decir el actor), en relación con el acto administrativo que se ha demandado.

La sociedad actora fue autorizada, mediante la Resolución No. 016 de febrero 15 de 1985 de la Dirección Regional del INTRA en Bogotá, a ampliar su capacidad transportadora para el servicio colectivo en el tipo de vehículo automóvil, a un máximo de 200 y un mínimo de 160. (Folio 14, cuaderno principal).

Posteriormente, el 18 de octubre del mismo año, el Gobierno Nacional dictó el Decreto No. 3052 de octubre 18 de 1985 y en su artículo primero dispuso: "Suspéndase el ingreso al servicio público colectivo de pasajeros de vehículos con capacidad inferior a treinta y un (31) pasajeros".

Al año siguiente, el 23 de septiembre de 1986, el gerente de la empresa actora solicitó al Ministro de Obras Públicas y Transporte la autorización de la matrícula de 170 camionetas para el servicio colectivo (folio 60). Y, a folio 73, aparece otra nota del mismo señor Gerente, en el mismo sentido, con fecha 19 de marzo del mismo año, en la que se manifiesta que la petición se hace "con base en lo dispuesto en el Decreto 3052 de 1985, que facultó a la Junta del Intra que usted preside en forma acertada, para autorizar las correspondientes matrículas".

La solicitud fue negada mediante el Acuerdo No. 048 de 1986. Se demanda este acto, exponiéndose entre otras razones. "Que el artículo tercero del Dcto. 3052 de 1985 estipula que cuando por las condiciones de la demanda no se justifique económicamente la utilización de buses, podrá la Junta Directiva del Instituto autorizar, previa evaluación técnica, el ingreso de vehículos colectivos de menor capacidad".

Hecha esta abreviada cronología de los hechos, la Sala estima:

a) Dentro del curso normal de los acontecimientos, resulta evidente que si la empresa actora hubiera hecho uso de la autorización que se le dio de ampliar su capacidad transportadora, según el artículo segundo de la Resolución número 016 de 1985 (folio 14), en tiempo oportuno, no habría razón aparente, jurídicamente hablando, para habérsele denegado.

b) No ocurrió así, sin embargo, pues como se colige del trasunto hecho en estas consideraciones, la solicitud de matrícula de las 170 camionetas para el servicio colectivo, fue presentada al año siguiente de la expedición del Decreto No. 3052 de 1985 que dispuso la suspensión del ingreso al servicio público colectivo de pasajeros, de vehículos con capacidad inferior a treinta y un pasajeros.

Este aserto es corroborado en el mismo memorial de la actora, *ut-supra* citado, en el que se acoge a lo dispuesto en dicho decreto cuando éste faculta a la Junta del INTRA para autorizar las matrículas.

c) El Decreto del Gobierno Nacional, parece una perogrullada decirlo, es superior dentro de la jerarquía de las normas, a la Resolución de la Directora Regional del INTRA de Bogotá.

Y, claramente, fue en obedecimiento de esa superioridad de la norma, que fue denegada la petición de autorización de matrículas, pues, de haber sido autorizada se hubiera presentado la violación de la misma y por esa razón hubiese sido susceptible de declaratoria de nulidad. Paradójicamente, se está demandando su nulidad porque se dictó en obedecimiento de la norma superior a la que debía estar sometida. El Acuerdo demandado, el número 048 de 1986, no hace cosa diversa a obedecer lo ordenado en el Decreto No. 3052 de 1985 y resulta insólito suponer que, en lugar de someterse al Decreto, tuviera que acatar una resolución que, dentro de la pirámide de las normas, le es inferior.

d) Es esa inferioridad de la Resolución de la Directora Regional del INTRA la que se alega como derecho adquirido y como justo título.

El "justo título", expresión que ha sido siempre aplicable a la posesión regular de las cosas y que, definido por Alessandri Rodríguez, "es el que da al poseedor un justo motivo para creerse dueño de la cosa", no puede alegarse en tratándose del derecho público pues, si el artículo 765 del Código Civil estipula que "El justo título es constitutivo o traslaticio de dominio", mal podría concebirse que una sociedad transportadora como la actora pudiera disponer de una autorización de la autoridad competente para aumentar su capacidad de vehículos o para hacer uso

de tal o cual vía como ruta de servicio, enajenando, cediendo o trasladando a cualquier título dicha autorización.

e) Bajo la misma cuerda interpretativa, debe tomarse lo manifestado por el acto apelante cuando hace protestas sobre derechos adquiridos en relación con el caso en litigio.

No se entiende cómo una resolución que desarrolla un servicio público, al que le es inmanente la permanente modificación y cambio de acuerdo con las necesidades de la comunidad que lo goza, pueda constituírse en un impedimento para que sean dictadas otras normas que procuran la mejora del mismo servicio con el peregrino argumento de que es "un derecho adquirido".

Han sido varios los pronunciamientos que a nivel jurisprudencial se han hecho sobre el tema. La cita que trae la sentencia apelada bien los compendia cuando dice que "En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos. Esta noción admitida por el derecho universal, se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. Pero es contraria a la dinámica del Estado, a la necesidad permanente de modificación de los instrumentos del Gobierno, al mismo buen gobierno. Sería la estaticidad, el estancamiento, el anquilosamiento de las instituciones, la creación de cuerpos extraños que harían permanentemente imposible la función rectora de la Constitución y el poder del Congreso. De ahí por qué, si bien es cierto que hasta la expedición de la Ley 15 de 1959, ciertos municipios tuvieron amplia facultad para gravar la actividad automotora en distintos aspectos, después de ella, no sólo ha sufrido una limitación fundamental sino su abolición; por lo cual no vale sostener que porque un día se tuvo la ley no pueda ya dejar de otorgarla o de poner a esa facultad limitaciones radicales". (Auto del 15 de diciembre de 1965, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).

En términos análogos, esta Sección se había pronunciado en un caso en el que el supuesto derecho adquirido se fundamentaba en una ley emanada del Congreso de la República el cual, según la pretensión, no podía modificar su decisión sin peligro de ofender derechos particularizados por la falsa interpretación de lo que es un justo título. En aquella oportunidad, dijo la Sala:

> "...Ahora bien, ya se vio como la Ley últimamente citada, así como el Decreto expedido en desarrollo de la misma, no pueden convertirse en valla insalvable para el que Congreso o el Gobierno en reemplazo de aquel, vuelva sobre las disposiciones que regulan la cuestión impositiva creando o suprimiendo tributos, sin que haya lugar a reconocer en este caso derechos adquiridos o situaciones jurídicas inmodificables". (Sentencia de agosto 14 de 1987, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente, Dr. Guillermo Benavides Melo).

f) Haciendo pues alusión final al parco escrito del apelante, no aparece revocatoria del acto administrativo alguno, sino obedecimiento del acto demandado a las normas superiores. Y, como se puede deducir de las consideraciones hechas, no se

lo impidió a la parte actora ejercer el derecho adquirido con justo título, puesto que este fenómeno jurídico no tuvo ocurrencia en el caso *sub-lite.*

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, sin haber tenido oportunidad de conocer el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y 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 19 de noviembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Presidente; *Miguel González Rodríguez. Libardo Rodríguez Rodríguez. Yesid Rojas Serrano*

CONCEJO MUNICIPAL-Sesiones/QUORUM/CONCEJAL SUPLENTE

En las Corporaciones públicas, cuando el número de sus miembros es impar, la mitad mas uno debe determinarse por defecto, sobre la cantidad que resulte de dividir por dos, más la unidad, el número de miembros. Así las cosas en el concejo municipal integrado por 9 miembros, debe considerarse como decisión mayoritaria la tomada por 5 concejales. Aunque en el primer debate participaron cinco concejales y en el segundo y tercero, seis, por la circunstancia de que no todos ellos estaban facultados para hacerlo, no se reunió la mayoría de los cinco, ni en el supuesto caso de que se considerara válida la actuación de una concejal suplente, ya que respecto de por lo menos dos suplentes más, la ausencia de los principales no se acreditó.
DECLARA LA NULIDAD del Acuerdo No. 020 de noviembre de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Caracolí (Antioquia).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente No. 2115. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: *Guillermo Alvarez Zuleta.*

Corridos los términos de ley, entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, contra la sentencia del 29 de mayo de 1992 dictada por el mismo Tribunal dentro del proceso de nulidad del Acuerdo No. 020 del 18 de noviembre de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Caracolí (Antioquia).

LA DEMANDA

El actor de la referencia demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 020 del 18 de noviembre de 1990 ex-

pedido por el Concejo Municipal de Caracolí. El Acuerdo, en su artículo cuarto, el único que puede considerarse como parte resolutiva, reza:

> "Autorizar al Señor Alcalde para que previo lleno de los requisitos exigidos por la Ley reciba dicho local en calidad de comodato, y al mismo tiempo se adquiera el matrimonio o persona que viva en dicho establecimiento, con el fin de que cuide del mismo". (folio 7, cuaderno principal).

Considera el actor que "En la aprobación del Acuerdo no se tuvo en cuenta el Reglamento Interno de la Corporación y la sesión en la cual aquella se produjo, sólo uno de los Concejales Principales estuvo presente; los demás fueron suplentes, de los que únicamente dos estaban habilitados para actuar"; que "El Acuerdo no se motivó, y tampoco se demostró 'la facultad que tiene la Junta de Acción Comunal para ceder en comodato el local'"; que no es clara la voluntad de la Corporación ya que si el Alcalde está facultado para recibir en comodato el bien por dos años, en el mismo texto se le faculta para celebrar un contrato, "sin indicar el período de éste ni las condiciones del mismo"; que se autoriza al Alcalde para que "se adquiera el matrimonio o persona para que cuide del inmueble, pero no hizo la creación del cargo que entre otras cosas es inexistente dentro del actual organigrama del Municipio" y, por último, que el Concejal principal que asistió a las sesiones donde se aprobó el Acuerdo, es justamente el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda Cascarón "que es quien debe suscribir el contrato con el Municipio, lo que de por sí resulta ilegal por impedimento establecido en la Ley".

NORMAS SUPERIORES VIOLADAS.

Como tales el actor señala las siguientes:

Art. 5o. de la Ley 29 de 1969;

Arts. 86, 88 y 90 del C. de R.M.;

Art. 2216, ss. y concordantes del C. Civil.

El señor Fiscal Tercero ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, al rendir su concepto, concluye diciendo que "ciertamente el actor no cita correctamente las normas que fueron violadas, sin embargo, de los hechos y del material probatorio recaudado en el proceso, se concluye con absoluta claridad que en el proceso de aprobación del Acuerdo en cuestión, se desconocieron los artículos 70, 72 del Decreto 1333 de 1986".

LA SENTENCIA RECURRIDA.

A folios 65 y siguientes del cuaderno principal, aparece la sentencia en la que el *a-quo* falla el asunto puesto a su consideración, en el sentido de negar las súplicas de la demanda.

Para el Tribunal, "una de las funciones taxativas que señala el C. de Régimen Municipal y como propia de los concejos es la de autorizar al Alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer protémpore precisas funciones de las que les corresponden y rápidamente habrá que llegar a la conclusión que fue ésta atribución la que se le otorgó a la primera autoridad que entre otras cosas y según lo aportado efectivamente realizó mediante un contrato de comodato visible a folio 27...".

Con referencia a la decisión en sí y a los Concejales que la tomaron, visto a la luz de las normas que regulan el *quorum* y las mayorías decisorias, se expresó así el fallador de primera instancia:

> "Conforme se detecta de folios 39 el cuerpo edilicio de dicha localidad está compuesto por 9 concejales por una u otra circunstancia los principales Arcesio Ocampo Gómez (folio 59), Oscar Yepes G. (folio 31), Jesús Humberto Giraldo (folio 60), Darío de Jesús Quiceno Henao (folio 67) y Bernardo Carvajal Yepes (folio 58), se excusaron de asistir y por eso las decisiones tomadas han comprometido por regla general a suplentes, pero siempre dentro de los lineamientos señalados por el Decreto 1333 de 1986.
>
> "Según la anterior Constitución Nacional en sus artículos 82 y 83 y por supuesto de lo enseñado por los artículos 145 y 146 de la Nueva Carta fundamental, las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mitad más uno de los integrantes de la respectiva Corporación y en Caracolí un Concejo compuesto con (sic) 9 miembros contrario a lo pregonado por el Ministerio Público de que el *quorum* decisorio lo conforman 6 ediles, lo cierto es que con 5 bastaba y que las actas visibles a partir de folios 42 y siguientes, se desprende que con principales y suplentes, éstos (sic) últimos debidamente acreditados, se cumplió la mayoría requerida para auspiciar el Acuerdo 020 de 1990 que por dicha razón debe seguir revestido de la presunción de legalidad.
>
> "Es que en la sesión que recogió el Acta No. 2 cuestionada estuvieron presentes Luis Carlos Betancur suplente aceptado de Arcesio Ocampo, Sofía Murillo de Darío de J. Quiceno (sic), Angela Castro del titular Bernardo Carvajal, Carlos Alberto Castaño Foronda de Jesús Humberto Giraldo, ya suficientes para comprometer (sic)".

LA APELACION

El Fiscal Tercero ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, ha interpuesto el recurso de apelación contra el fallo por éste proferido, pidiendo que se revoque y que en su lugar se declare la nulidad del Acuerdo 020 de noviembre 18 de 1990.

Bajo el epígrafe VICIOS QUE AFECTAN EL ACTO ANULADO, manifiesta el apelante:

> "Se desprende del documento obrante en el folio 39 que, el Concejo Municipal de Caracolí lo integran nueve (9) miembros principales y ocho (8)

suplentes. De tal manera que, el *quorum* decisorio lo conforman seis (6) ediles, pues la aproximación (4.5+1=5.5), debe realizarse por exceso y no por defecto.

"De otra parte, de las actas 002 (f. 47) y 003 (f.51) de Noviembre 4 y 5 de 1990, se infiere que, de los seis Concejales que asistieron a la primera de esas sesiones, uno era principal y del resto sólo cuatro estaban habilitados para actuar conforme a lo estatuído en el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, ellos son Sofía Murillo de Giraldo (f.57), Angela Castro (f.58), Luis Carlos Bustamante (f.59) y Carlos Alberto Castaño Foronda (f.60). Y en la segunda sesión, fueron seis igualmente los Concejales presentes; no asistió ningún principal y de los suplentes estaban habilitados para intervenir los mismos cuatro ya mencionados. Por consiguiente, si en gracia de discusión aceptamos, como lo sostiene el Tribunal, que la mayoría son cinco, tampoco se cumple con el requisito de la mayoría exigida para la aprobación del Acuerdo impugnado.

CONSIDERA LA SALA:

El señor Fiscal Tercero ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, disiente del criterio de juzgador de primera instancia en cuanto al *quorum* legal para tomar la decisión que motivó la acción.

El accionante manifiesta en los hechos 9o. y 10o. de su libelo (folio 3), que "La Corporación se ha venido reuniendo con los suplentes violando la Ley 29 de 1989, en su art. 5° y lo preceptuado por el C. de R.P. en sus Arts. (sic), por lo que sus sesiones están viciadas de nulidad". "Conforme a la constancia expedida por el señor Alcalde Municipal de Caracolí, sólo dos concejales principales se han excusado conforme a la Ley de asistir a las sesiones y por ende se hace nulo lo dispuesto por ese Cuerpo Edilicio en la forma como lo ha venido haciendo".

Según la providencia apelada, "un Concejo compuesto con (sic) 9 miembros contrario a lo pregonado por el Ministerio Público de que el *quorum* decisorio lo conforman 6 ediles, lo cierto es que con 5 bastaba y que de las actas visibles a partir de folios 42 y siguientes, se desprende que con principales y suplentes, éstos (sic) últimos debidamente acreditados, se cumplió la mayoría requerida para auspiciar el Acuerdo 020 de 1990 que por dicha razón debe seguir revestido de la presunción de legalidad".

Por su parte, el recurrente manifiesta, que "Se desprende del documento obrante en el folio 39, que el Concejo Municipal de Caracolí lo integran nueve (9) miembros principales y ocho (8) suplentes, de tal manera que, el quorum decisorio lo conforman seis (6) ediles, pues la aproximación (4.5+1=5.5), debe realizarse por exceso y no por defecto".

En relación con el quorum decisorio en las corporaciones públicas regían por la época en que se expidió el Acuerdo acusado, los artículos 82 y 83 de la Constitución Nacional de 1886.

De conformidad con jurisprudencia últimamente proferida, en las Corporaciones Públicas, cuando el número de sus miembros es impar, la mitad más uno debe determinarse por defecto, sobre la cantidad que resulta de dividir por dos, más la unidad, el número de sus miembros. (Sentencia 1508 de octubre 9 de 1989, Sección Quinta, Expediente No. 0333, Consejero Ponente, Dr. Amado Gutiérrez Velázquez).

Así las cosas, en el Concejo Municipal de Caracolí (Antioquia), integrado por 9 miembros, debe considerarse como decisión mayoritaria la tomada por 5 concejales.

Hecha la precisión anterior, en el caso *sub-iuris*, asiste la razón al apelante en cuanto que, examinando la posición de cada uno de los intervinientes en los tres debates reglamentarios del proyecto del Acuerdo objeto de la litis se concluye que no todos los asistentes estaban legalmente habilitados para integrar el quorum decisorio.

En efecto, una mirada atenta a las Actas y un somero análisis de las pruebas aportadas, acompañada de una ligera confrontación con el artículo 72 del Decreto 1333 de 1986, permite observar lo siguiente:

a) En el primer debate (Acta No. 001, folio 42), asistieron cinco concejales y sólo estaban habilitados para intervenir en la sesión los suplentes Carlos Bustamante, Carlos Alberto Castaño Foronda y Sofía Murillo de Giraldo, y, desde luego, el principal Abelardo Jaramillo Jaramillo.

b) En el segundo debate (Acta No. 002, folio 47), asistieron seis (6) ediles, se hallaban facultados para participar los mismos suplentes Carlos Bustamante, Carlos Alberto Castaño Foronda y Sofía Murillo de Giraldo.

c) En el tercer debate (Acta No. 003, folio 51), intervinieron 6 concejales y sólo estaban legitimados para hacerlo los mismos Bustamante, Castaño Foronda y Murillo de Giraldo.

Lo anterior porque de conformidad con el artículo 72 del C. de R.M., la actuación de los concejales suplentes Carlos Bustamante, Carlos Alberto Castaño Foronda y Sofía Murillo de Giraldo, debe reputarse válida, pues conforme a los documentos correspondientes se acredita la ausencia de los principales Arcesio Ocampo Gómez, Jesús Humberto Giraldo y Darío de Jesús Quiceno Henao, respectivamente, ante el Concejo Municipal.

No puede predicarse lo mismo en relación con la asistencia e intervención de los concejales suplentes Angela Castro López, que actuó en los tres debates y de Octavio Alberto Cano Jaramillo y Carlos Sierra Osorio que participaron en el segundo y en el tercero.

Si bien es cierto que respeto a la suplente Angela Castro obra un escrito, según el cual el principal la autoriza para que lo reemplace, dicho escrito no tiene destinatario ni de él puede presumirse su conocimiento por parte del Concejo.

De todas maneras aunque en el primer debate participaron cinco concejales y en el segundo y tercero seis, por la circunstancia de que no todos ellos estaban facultados para hacerlo, no se reunió la mayoría de los cinco, ni en el supuesto caso de que se considerara válida la actuación de la concejal suplente Angela Castro López, ya que respecto de por lo menos dos suplentes (Cano Jaramillo y Sierra Osorio), la ausencia de los principales no se acreditó.

Tiene razón entonces el recurrente al afirmar que no se cumplió con el requisito de la mayoría exigida para la aprobación del Acuerdo impugnado lo que lleva forzosamente a esta Sala a la decisión de declarar su nulidad, revocando por consiguiente la sentencia que denegó tal solicitud.

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, sin tener en cuenta el concepto del Ministerio Público por haber guardado silencio su agente ante esta Corporación,

FALLA:

Primero. REVOCASE la sentencia de fecha 29 de mayo de 1992, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en el asunto de la referencia.

Segundo. En su lugar, Declárase la Nulidad del Acuerdo No. 020 de noviembre de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Caracolí (Antioquia).

Tercero. 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 19 de noviembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Presidente; *Miguel González Rodríguez., Libardo Rodríguez Rodríguez,. Yesid Rojas Serrano.*

EXCEPCIONES-Naturaleza.

La excepción debe versar sobre un hecho impeditivo o extintivo de la acción y no puede englobar toda la defensa. Por ello, no puede confundirse con la negativa de los hechos y del derecho en que sustenta el demandante su pretensión, pues así no constituye una excepción sino el ejercicio global de la defensa a través del cual se pretende desvirtuar las pretensiones del actor, conduciendo a un pronunciamiento de fondo.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/VIA GUBERNATIVA-Diferencias.

La revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas. Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de la parte del afectado: la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio. La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley. La revocación directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expide el acto o su inmediato superior, mientras los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref: Expediente número 1856. Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de septiembre de 1991, del Tribunal Administrativo del Caquetá. Actor: *Sindicato de Loteros del Caqueta "Siloca"*.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 20 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, que declaró probadas las excepciones propuestas por la Lotería del Caquetá y se inhibió para decidir sobre las pretensiones del accionante.

I. ANTECEDENTES

El Sindicato de Loteros del Caquetá, a través de apoderado, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, tendiente a obtener: a) la nulidad de la Resolución número 007 de 2 de febrero de 1990 "*Por medio de la cual se concede un recurso de Reposición*", expedida por el señor Inspector Nacional del Trabajo y Seguridad Social de Florencia (Caquetá); y b) que como consecuencia, se disponga el restablecimiento del derecho violado en favor del Sindicato de Loteros del Caquetá y, se declare, que se han incumplido los convenios suscritos el 3 de diciembre de 1987 y 27 de diciembre de 1988, conforme lo indicaban las Resoluciones números 0009 de 12 de enero y 0193 de 18 de diciembre de 1989.

I.2. Como normas violadas se señalaron los artículos 70 y 73 del C.C.A. y 482 del Código Sustantivo del Trabajo.

I.3. El auto de 20 de junio de 1990 del Tribunal Administrativo del Caquetá, que inadmitió la demanda presentada por falta de competencia y ordenó su remisión a esta Corporación, fué revocado mediante proveído de 15 de agosto del mismo año, proferido por esta Sección, al considerar que de las pretensiones relatadas en la demanda se establecía que el restablecimiento del derecho impetrado entrañaba una reparación de carácter económico y ordenó su devolución al Tribunal *a-quo* (folios 125 a 127 cuaderno 1).

I.4. Llegado el expediente al Tribunal, se ordenó la corrección de la demanda, cumplido lo cual fué admitida mediante el auto de 23 de octubre de 1990 que denegó el decreto de suspensión provisional (folios 134 a 140).

I.5. Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con el proferimiento de la sentencia de 20 de septiembre de 1990, oportunamente apelada por el apoderado de la parte demandante.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para declarar probadas las excepciones propuestas por la Lotería del Caquetá e inhibirse de decidir sobre las pretensiones de la demanda, el Tribunal *a-quo*, razonó, en esencia, así:

La demandada, dentro del término legal, propuso las siguientes excepciones:

1a.) De inexistencia de la violación alegada.

La actora invoca como preceptivas violadas los artículos 70 y 73 del C.C.A., exponiendo en el concepto de violación que con la actividad de la Administración al proferir la Resolución acusada se quebrantó la normatividad citada al darse con ello aplicación a la revocatoria directa de actos administrativos como las Resoluciones números 0009 de 12 de enero y 193 de 18 de diciembre de 1989, olvidando que con la número 007 de 1989 se está resolviendo un recurso legal interpuesto por la Lotería del Caquetá.

La revocación directa de los actos administrativos está expresamente consagrada en el título V (artículo 69 a 74 del C.C.A.) no encontrando la Sala fundamento alguno para citar como violados los artículos 70 y 73 *ibídem* y exponer concepto de violación frente al acto acusado dado que en ningún momento la Administración ha hecho mención de la revocatoria directa de las Resoluciones 193 de 18 de diciembre y 009 de 12 de enero de 1998. Su actividad giró en torno a decidir el recurso de reposición legalmente interpuesto, lo que se deduce de la lectura del encabezamiento de la Resolución acusada.

La confusión de la actora brilla al citar como violadas normas que regulan la revocación directa frente a los recursos de la vía gubernativa (artículos 49 a 55 del C.C.A.). Más aún, el concepto de la violación expuesto nada tiene que ver con el acto atacado frente a las normas invocadas como quebrantadas. La actora confundió la decisión de los recursos con la revocatoria directa, fenómenos jurídicos perfectamente delimitados por el legislador. En consecuencia, el incumplimiento con el presupuesto consagrado por el artículo 137 numeral 4o. del C.C.A., conlleva a tener como probada la excepción propuesta.

2a.) Excepción de legalidad de la Resolución acusada.

La Resolución acusada está evitando un perjuicio a la Lotería del Caquetá, al decidir el recurso de reposición y en subsidio el de apelación por ésta interpuesto respeto de la Resolución 193 de 18 de diciembre de 1989.

No quebranta, pues, norma alguna, siendo legal, por cuya razón se declara probada esta excepción.

3a.) Excepción de falta de interés jurídico.

Se observa que la base para proferir las Resoluciones 0009 y 193 de 1989 es la existencia de acuerdos celebrados entre la Lotería del Caquetá y la actora. No se han quebrantado derechos individuales.

Lo que busca el Sindicato de Loteros del Caquetá es el cumplimiento de los Acuerdos celebrados con la Lotería en mención y darles alcance de convención para resolver el conflicto de intereses económicos.

La Resolución 007 de 1989 no ha modificado porcentajes o acuerdos pactados entre la Lotería del Caquetá y el Sindicato de Loteros del Caquetá. Antes bien, demuestra que por incumplimiento de dichos convenios fue sancionada la primera.

Así, la Resolución atacada no afecta derecho subjetivo alguno de la demandante, careciendo, por consiguiente, de aptitud jurídica para demandar. Prospera la excepción.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del Sindicato de Loteros del Caquetá, como razones de disentimiento con la sentencia apelada, formuló las siguientes:

La sentencia impugnada está en abierta rebeldía con la del 15 de agosto de 1990 de la Sección Primera del Consejo de Estado, Consejero Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, cuando revoca el acto del 20 de junio del mismo año del Tribunal Administrativo del Caquetá, ordenando, en consecuencia, continuar el trámite: La admisión y todos los actos procesales que allí se dieron y, precisamente, el numeral segundo de esta decisión, dice: "Devuélvase el negocio a dicho Tribunal para que, por razones de competencia se continúe tramitando". Por el contrario, en respuesta a esa orden, el numeral 2o. de la sentencia mencionada se inhibe.

No se demandó ante la jurisdicción contencioso administrativa el incumplimiento en sí del contrato, si no la resolución ilegal en la cual se ampara la Lotería del Caquetá para incumplir. Si a las anteriores a la revocatoria eran ilegales, lo que debió hacer la Lotería era haber demandado ante la jurisdicción contenciosa y no en forma velada conseguir una revocatoria, con el nombre de recurso de reposición.

Las normas citadas son las correctas porque no se podía hablar del artículo 50 y siguientes del Decreto 01 de 1.984, dado que, precisamente, no se trataba de un recurso de reposición sino de revocatoria. Los artículos 70 y 73 del C.C.A. no son textos desligados de un conjunto, son normas jurídicas completas para que se diga, en la exposición, que se trata de una proposición jurídica incompleta, como si se tratara de un recurso de casación que se viola por inaplicación y, como consecuencia, indebidamente, otros. La cita de normas en el caso en comento alargaría innecesariamente el *libelo* de la demanda.

Está demostrado en el expediente, y el Tribunal no lo tapa, que se dieron unos actos administrativos respecto de los cuales se agotó la vía gubernativa interponiendo los recursos de reposición y apelación y que, posteriormente, titulando reposición se revoca directamente.

IV. CONCEPTO FISCAL.

El fiscal ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo considera que las razones expuestas por el Tribunal sirven para desestimar las pretensiones de la demanda, más nó para inhibirse. Se declara de acuerdo con los argumentos del acto enjuiciado al estimar que la función policiva ejercida por las autoridades del Ministerio de Trabajo no autorizaba la medida cautelar ni la multa impuesta a la Lotería del Caquetá.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En relación con los argumentos expresados por el *a-quo* en la sentencia y el recurrente en el escrito contentivo del recurso la Sala hace las siguientes precisiones:

Esta Corporación ha manifestado reiteradamente en diferentes pronunciamientos, entre ellos en providencia de 30 de octubre de 1992, expediente 1313, con ponencia del suscrito Consejero, que la excepción debe versar sobre un hecho impeditivo o extintivo de la acción y no puede englobar toda la defensa. Por ello, no puede confundirse con la negativa de los hechos y del derecho en que sustenta el demandante su pretensión, pues así no constituye una excepción sino el ejercicio global de la defensa a través del cual se pretenden desvirtuar las pretensiones del actor, conduciendo a un pronunciamiento del fondo. Esto es tan evidente que el artículo 144 del C.C.A. refiriéndose a la contestación de la demanda, en sus ordinales 3o. y 4o., escinde las razones de la defensa de la proposición de las excepciones.

En el evento *sub-lite*, en lo tocante a la excepción de "inexistencia de la violación alegada", que encontró probada el *a-quo* no se está aduciendo un hecho impeditivo o extintivo de la acción que conduzca a un pronunciamiento inhibitorio sino englobando toda la defensa, limitándose la demandada a negar los supuestos de hecho y de derecho en que se apoya el actor, y, así, el hecho de que al exponer el demandante el concepto de la violación se fundamente en normas que no guardan relación con el acta atacado, ello sencillamente conlleva a que no prosperen las súplicas del *libelo* por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad que le es inherente a todo acto administrativo, pero jamás a una inhibición para dictar sentencia sobre el fondo del asunto.

En lo que atañe a la excepción de "legalidad de la Resolución acusada", para determinar que un acto administrativo no contrarió o vulneró la ley, ha de hacerse un análisis de fondo sobre el mismo, frente a las normas que se citan como transgredidas, que conduzca a la conclusión a la que llegó el Tribunal en el sentido de afirmar que la Resolución acusada está evitando un perjuicio a la Lotería del Caquetá al decidir el recurso de reposición y en subsidio el de apelación por ésta interpuesto respecto de la Resolución 193 de 18 de diciembre de 1989 y que no quebranta norma alguna, siendo por ello legal.

Esta conclusión no puede ser consecuencia de la alegación de un hecho impeditivo o extintivo de la acción que impide hacer un pronunciamiento de fondo, sino el resultado de un análisis que no inhibió al Tribunal para hacer tal pronunciamiento, y, por ello, resulta un contrasentido declarar probada una excepción con base en argumentos que en el fondo constituyen un pronunciamiento de mérito.

En lo que respecta a la excepción de "falta de interés jurídico", tampoco encuentra la Sala que asista razón al fallador de primera instancia ya que a través de las Resoluciones números 0009 y 193 de 1989 (folios 15 a 20), se conminó a la Lotería del Caquetá al pago del 22% del valor nominal del billete como comisión por venta a los loteros afiliados al Sindicato "SILOCA", como resultado de la queja presentada por éste por violación de lo pactado por la citada Lotería, Resoluciones éstas que en virtud del recurso de reposición fueron revocadas en todas sus partes por el acto acusado. Esto hace que sea palmario el interés que le asiste a la parte actora y que por lo mismo dicha excepción no estuviere llamada a prosperar.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada, para, en su lugar, proferir pronunciamiento de fondo, previo el análisis de los cargos de violación endilgados por la demandante al acto que se acusa.

En el *libelo* demandatorio se sustentan las pretensiones en la violación de los artículos 70 y 73 del C.C.A. y 482 del C.S.T. Respecto de los dos primeros se dice que las Resoluciones números 0009 de 12 de enero y 193 de 18 de diciembre de 1989, crearon una situación concreta, un derecho adquirido, en favor de los afiliados del Sindicato de Loteros del Caquetá "SILOCA", quienes creyeron en la seguridad jurídica de tales actos administrativos y por esto firmaron un convenio colectivo (folio 6), que tiene asidero jurídico en el artículo 482 del C.S.T., que también fue violado.

En relación con la última censura no prospera habida cuenta que el precepto laboral se refiere a los contratos sindicales y no a los citados convenios.

Sobre el primer cargo, cabe observar que en el presente asunto a través del acto acusado, lo que hizo el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por medio de la Resolución número 007 de 2 de febrero de 1990, fué decidir el recurso de reposición que había interpuesto la Lotería del Caquetá contra la Resolución número 193 de 18 de diciembre de 1989, por la cual se le sancionó con una multa por violación a la convención colectiva y conminó para que acreditara el pago del 22% sobre el valor nominal del billete como comisión por venta a los loteros del Sindicato demandante, uno de cuyos efectos es el de REVOCAR, conforme lo previene el numeral 1o. del artículo 50 del C.C.A., que fue lo que efectivamente se produjo en la citada Resolución.

Por tal razón mal pudo la Resolución precitada contrariar los artículos 70 y 73 ibídem, ya que éstos forman parte del Título V referente a la Revocación Directa, institución que difiere sustancialmente de la de la Vía Gubernativa.

En efecto, dichas instituciones presentan diferencias y son las siguientes:

1a.) La revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el artículo 70 ibídem, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellas.

2a.) Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de parte del afectado; la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio.

3a.) La revocación directa puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; los recursos de la vía gubernativa deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos.

4a.) La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley.

5a.) La revocación directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior.

6a.) La revocación directa sólo procede cuando se dan las causales previstas en el artículo 69 de C.C.A.; mientras en la vía gubernativa se pueden impugnar los actos por cualesquiera clase de inconformidad.

7a.) La revocación directa de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los artículos 73 y 74 *ibídem*; en tanto que en la vía gubernativa no hay restricción alguna.

Las consideraciones precedentes son suficientes para desestimar 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:

Se revoca la sentencia de primera instancia proferida el 20 de Septiembre de 1991 por el Tribunal Administrativo del Caquetá, en cuanto se declaró inhibido para proferir pronunciamiento de fondo, y, en su lugar, se dispone: se deniegan las súplicas de la demanda instaurada por el SINDICATO DE LOTEROS DEL CAQUETA "SILOCA", contra la Resolución número 007 de 2 de Febrero de 1990, expedida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COMPROBANTE DE REVISION/CERTIFICADO DE MOVILIZACION

El comprobante de revisión puede denominarse válidamente certificado de movilización. El cambio del término "revisión" por el de "movilización", *per se*, no implica violación de normas superiores, ya que ellas consagran, precisamente, la consecuencia de la comprobación de "...graves deficiencias mecánicas o de higiene..." en el proceso de revisión de los vehículos, cual es su inmovilización.
DECLARA LA NULIDAD de las siguientes disposiciones del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el Señor Presidente de la República: a) Del artículo 6o., la parte que reza: "...so pena de ser sancionado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes". b) Del artículo 7o., la parte que dice: "...quien lo haga incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el presente Decreto. Las autoridades de Tránsito que conozcan del caso, remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito, donde el vehículo tenga radicada su cuenta". c) Del artículo 25, la parte que expresa: "Quien no presente el vehículo a revisión técnico-mecánica en las fechas señaladas en el presente Decreto, incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios, vigentes por cada mes o fracción de mes que haya pasado desde el mes establecido para su revisión". d) El artículo 28 en su integridad.

CERTIFICADO DE MOVILIZACION/POLIZA DE SEGURO OBLIGATORIO/CONTRATO DE SEGURO

Si bien de acuerdo con el artículo 1046 del C. de Co. del contrato de seguro se perfecciona y prueba mediante el documento denominado "póliza", la norma acusada no va en contravía de lo dispuesto por la disposición legal, en la medida en que no se está desvirtuando ni la naturaleza jurídica de dicho instrumento, ni su validez como medio probatorio, sino lográndose por parte de las autoridades de tránsito la certeza de que la póliza, por ser de carácter obligatorio, se ha constituí-

do de acuerdo con las disposiciones legales que la regulan, procurándose con ello garantizar el pago efectivo de los daños que se ocasionen con motivo de accidentes de tránsito. El certificado de movilización no cumple con la misma finalidad de la licencia de tránsito, ni la sustituye, ni la deroga, sino que es un documento con el cual simplemente se acredita la observancia de las disposiciones superiores que imponen a los ciudadanos obligaciones correlativas a la libertad de locomoción y de circulación.

INTRA/AUTORIDAD DE TRANSITO

Con la expedición del Decreto 1173 de 1980, y en virtud de lo dispuesto por su artículo 36, el Intra adquirió la calidad de autoridad de tránsito. DECLARA LA NULIDAD de las siguientes disposiciones del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el Señor Presidente de la República; a) Del artículo 6o., la parte que reza: "...so pena de ser sancionado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes". b) Del artículo 7o., la parte que dice: "...quien lo haga incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el presente Decreto. Las autoridades de Tránsito que conozcan del caso, remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito, donde el vehículo tenga radicada su cuenta".c) Del artículo 25, la parte que expresa: "Quien no presente el vehículo a revisión técnico-mecánica en las fechas señaladas en el presente Decreto, incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios, vigentes por cada mes o fracción de mes que haya pasado desde el mes establecido para su revisión". d) El artículo 28 en su integridad.

CONTRAVENCION DE TRANSITO/POLICIA DE TRANSITO/SANCION/ POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites/**PODER DE POLICIA**

En lo pertinente, el artículo 53 del Código Nacional de Tránsito Terrestre sólo manda que la superficie abarcada por el limpiabrisas debe ser de dimensiones tales que garanticen una buena visibilidad del conductor, sin que de ello pueda deducirse que el legislador hubiese siquiera pretendido derivar consecuencias contravencionales como la que le atribuye la norma acusada. Si bien en el artículo 227 de la citada codificación consagra como sanción la multa, ella sólo tiene cabida y aplicación en la medida en que se incurra en "faltas al presente código", dentro de la cual no está contemplada la conducta descrita en la norma que se analiza —no fijación del certificado de movilización en el vidrio delantero del vehículo—. En ejercicio de la facultad reglamentaria no se pueden tipificar delitos ni contravenciones, ni crear sanciones que no están consagrados en las leyes.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos 1992.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expedientes acumulados Nos. 975 y 1212. Actores: *Jairo Herrán Vargas, Juan Manuel Peña Dávila y Pablo J. Cáceres Corrales.*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A. por los ciudadanos Jairo Herrán Vargas y Juan Manuel Peña Dávila (Expediente No. 975) y Pablo J. Cáceres Corrales (Expediente No. 1212), tendientes a obtener la declaratoria de nulidad, parcial o total, de algunos artículos del Decreto No. 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el señor Presidente de la República con la firma del Ministro de Obras Públicas y Transporte, "por el cual se establece el Certificado de Movilización para la Revisión Nacional de vehículos automotores, se derogan los artículos 14 y 15 del Decreto 2544 de 1987 y se dictan otras disposiciones".

En consideración al número de normas acusadas, veinte en total, y por razones de índole metodológica, la Sala hará primero referencia a la actuación surtida en cada uno de los procesos y luego en el análisis de los cargos, transcribirá el texto de las normas demandadas y hará las consideraciones pertinentes después de resumir los argumentos de los actores, las razones de la defensa planteadas por la parte demandada, los argumentos de la parte impugnante y lo pertinente del concepto fiscal.

Como quiera que en la demanda contenida en el expediente radicado bajo el número 975 es donde se solicitan, también, nulidades parciales de los artículos enjuiciados, se procederá, en esos casos, a subrayar el texto demandado, para diferenciarlo de la petición que de la nulidad total de la norma se pide en la demanda contenida en el expediente radicado bajo el número 1212.

I. LA ACTUACION SURTIDA

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a los procesos se les dio el trámite establecido para los procesos ordinarios, dentro de los cuales merecen destacarse, en cada uno de ellos, las siguientes actuaciones:

Expediente No. 975

Mediante providencia visible a folios 18 y 19 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la medida de suspensión provisional de las normas acusadas.

Interpuesto como fue recurso de súplica contra la decisión de no acceder a decretar la suspensión provisional solicitada (fls. 20 a 22 y 43), la Sala de Decisión, mediante providencia de 13 de diciembre de 1988, confirmó el auto recurrido (fls. 46 a 49).

Por auto de 6 de marzo de 1989 se abrió a pruebas el proceso y se decretó la solicitada por la parte actora (fl. 63).

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 115), éstas hicieron uso de tal derecho (fls. 116 a 120 y 121 a 125).

El señor Fiscal Primero de la Corporación rindió el concepto que aparece a folios 131 a 135.

Mediante providencia de 8 de junio de 1990 (fls. 154 a 157) se ordenó la acumulación a este proceso, del radicado bajo el número 1212.

Expediente No. 1212

Por auto de 13 de julio de 1989 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que le corresponde y se decretó la suspensión provisional de los artículos 5o., 6o., 7o., 8o., 15o. parágrafo del 20o, 25o., 28o. y 31 del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988 (fls. 56 a 61).

Contra la anterior providencia, en cuanto accedió a decretar la suspensión provisional de algunas de las normas demandadas, interpusieron recurso de súplica tanto la parte demandada (fls. 70 a 75), como el Instituto Nacional del Transporte (fls. 91 a 100) y los ciudadanos Juan Carlos Esguerra Portocarrero (fls. 101 a 105) y Guillermo Vargas Ayala (fls. 106 a 124), el cual fue resuelto mediante providencia de 21 de septiembre de 1989, en el sentido de revocar tal medida precautelativa.

Mediante providencia visible a folio 170 se reconoció como parte impugnadora de la acción instaurada al Instituto Nacional del Transporte.

Dentro del traslado para alegar de conclusión, tan sólo el Instituto Nacional del Transporte presentó el escrito que obra a folios 173 a 189.

El señor Fiscal de la Corporación rindió el concepto dentro de los dos juicios acumulados que aparece a folios 191 a 197.

II. ANALISIS DE LOS CARGOS.

1o. Artículo 2o. Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 2o. El comprobante de revisión a que se refiere la Ley 14 de 1983 se denominará en adelante "Certificado de Movilización".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975

Primer cargo. Violación directa de los artículos 73 del Decreto-Ley 1344 de 1970 y 57 de la Ley 14 de 1983, al cambiar la denominación del "Comprobante de Revisión" por el "Certificado de Movilización", pues de acuerdo con lo establecido en la norma demandada se deduce que el vehículo que carezca de tal documento no podrá movilizarse por las vías de uso público.

Por otra parte, el Comprobante de Revisión a que se refieren las citadas normas consiste en la constatación que hace el funcionario o perito sobre las condiciones físicas y órganos de control y seguridad y del correcto estado del vehículo, y de ellas no se desprende que el legislador haya pretendido elevar a categoría legal el certificado creado. Además, el único documento exigido por la Ley, en tal calidad, es la Licencia de Tránsito, establecida en el artículo 87 del Código Nacional de Tránsito.

Segundo cargo. Violación indirecta del ordinal 3o. del artículo 120 de la —hoy derogada Constitución Nacional, pues se mantiene el Comprobante de Revisión y se crea el consagrado en la norma demandada, el cual no se encuentra contenido en la disposición reglamentada y que, al no pertenecer implícita o explícitamente a la naturaleza de la materia que desarrolla, excede el ejercicio de la potestad reglamentaria (fls. 8 a 10).

Expediente No. 1212.

Cargo único. Violación de los artículos 73 del Decreto 1344 de 1970 y 57 de la Ley 14 de 1983, y como consecuencia de ello la transgresión del artículo 120-3 de la Constitución Política de 1886, pues no puede afirmarse, como lo hace la norma demandada, que el comprobante de revisión periódica se denominará "Certificado de Movilización", porque la revisión sólo persigue controlar el "correcto estado mecánico y el de los instrumentos de control y seguridad.. ."..." y las condiciones mecánicas y de higiene", para inmovilizarlo hasta que se corrijan las deficiencias observadas (art. 73 Decreto 1344 de 1970)". en el citado artículo 57 no se dice que el llamado ahora Certificado de Movilización se expedirá"... para reemplazar la licencia de tránsito, ni para garantizar el seguro obligatorio de responsabilidad por daños a terceros. Estos son fines que la Ley no dispone ni permite que el gobierno, mediante un simple decreto reglamentario exija como nuevas exigencias documentales para movilizar los vehículos" (fls. 20 y 21).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

La norma acusada no incurre en las violaciones de orden legal y constitucional endilgadas, pues del examen de los artículos 73 del Decreto 1344 de 1970 y 57 de la Ley 14 de 1983 no puede colegirse que el legislador haya establecido con un rigorismo técnico la denominación y las características del documento mediante

el cual los administrados deben acreditar la realización del revisado técnico-mecánico de los vehículos. La expresión "Comprobante de Revisión" empleada en el mencionado artículo 57 de la Ley 14 de 1983 "...no tiene una significación específica de tal grado que haga nugatoria toda posibilidad de darle a dicho documento una denominación más precisa" (fl. 56).

Expediente No. 1212.

En su contestación de demanda, la parte demandada no se refiere concretamente a esta disposición.

d. Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

Como premisa de la impugnación se expresa que "Las normas demandadas y las que sirvieron de fundamento a la demanda han sido abolidas por reforma, por lo cual deberá producirse un fallo inhibitorio, por sustracción de materia...", toda vez que el Decreto 460 de 1988 fue expresamente derogado por el artículo 3o. del Decreto-Ley 1809 de agosto 6 de 1990 y los artículos 4o., 8o., 73, 87, 96, 97, 189, 190, 191, 192 y 193 del Código Nacional de Tránsito fueron también derogados por el artículo 2o. del citado Decreto.

No obstante lo anterior, se expresa que el Certificado de Movilización a que se refiere la norma demandada no modifica en manera alguna el documento denominado por la Ley 14 de 1983 como Comprobante de Revisión. "Es un mismo documento jurídico con denominación diferente, ... (...) ... son términos sinónimos, como se analizará en los cargos formulados en contra de las subsiguientes disposiciones acusadas" (fls. 177 y 178).

e) Concepto del Ministerio Público.

Expediente No. 975.

En dicho concepto, el Agente del Ministerio Público no analiza en forma individual los cargos formulados en contra de cada una de las normas demandadas, sino que considera que en términos generales, la totalidad de los actos acusados se ajustan a la normatividad que les sirvió de fundamento, con base en las siguientes consideraciones principales:

Tanto del artículo 73 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, como del artículo 57 de la Ley 14 de 1983 se infiere que se "...impone la *revisión* (del vehículo), el que ella sea *periódica*, que la periodicidad sea *anual*, que medie *comprobante*, la *inmovilización* del vehículo y que *previamente* haya cancelación de los *impuestos de Circulación y tránsito y de timbre*. No otros son los conceptos contenidos en el decreto acusado" (subrayas del texto transcrito).

"Finalmente, es el mismo Código Nacional de Tránsito Terrestre el que, en su artículo 8o. determina que el Gobierno adscribirá las funciones que él —el Decreto 1344/70— no atribuya singularmente alguna de las autoridades nacionales, departamentales o municipales del ramo; y para ello, señalará los requisitos o condiciones que deben reunir las autoridades y les fijará pautas técnicas de funcionamiento, sometiéndolas a su inspección técnica y administrativa. Y dentro del importe de funciones atribuídas a las autoridades por la Ley 14 de 1983 se hallan las de índole "fiscal" que aparejan labores de supervisión y control del erario o tesoro público referido a varios entes, entre ellos, el de Tránsito Terrestre" (fls. 131 a 135).

Expediente No. 1212.

En su concepto la Agencia Fiscal se remite a las consideraciones hechas en el expediente radicado bajo el No. 975 y, adicionalmente, expone su punto de vista en relación con otros artículos de la demanda, los cuales serán analizados posteriormente. No obstante lo anterior, finaliza su vista expresando que "...ante el evento de la sustracción de materia, lo pertinente sería el pronunciamiento inhibitorio" (fls. 191 a 197).

f) Consideraciones de la Sala.

En relación con la excepción formulada por el impugnante, consistente en la sustracción de materia que se presenta en este caso por cuanto las normas demandadas y las que sirven de fundamento a la demanda (Expediente No. 1212) han sido derogadas por disposiciones posteriores a lo cual también se refiere el concepto del Agente del Ministerio Público, la Sala anota que tal excepción carece de asidero jurídico, pues debe recordarse que si bien el Consejo de Estado tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue radicalmente modificada por su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo al mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia (véase sentencia de 14 de enero de 1991, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Actor: Robert Bruce Raisbeck. Expediente No. S-157).

En atención a que los cargos formulados contra el artículo 2o. del acto acusado se cimentan en la violación de las mismas normas de carácter legal y constitucional, la Sala procederá a su análisis conjunto.

Las disposiciones legales que se consideran transgredidas, y las cuales, entre otras, se citan como sustento del acto acusado en los considerandos del mismo, son del siguiente tenor literal:

a) Decreto 1344 de 1970:

> "Artículo 73. Las autoridades de tránsito revisarán periódicamente todos los vehículos con el fin de verificar su correcto estado mecánico y el de

los instrumentos de control y legalidad, y cuando comprueben graves deficiencias mecánicas o de higiene, podrán ordenar la inmovilización del vehículo, hasta que se corrijan".

b) Ley 14 de 1983:

"Artículo 57. El revisado de que trata el Decreto 1344 se realizará anualmente y su comprobante no podrá ser expedido sin la cancelación previa de los impuestos a que se refiere esta ley".

Dados los términos escuetos de la disposición demandada, la Sala estima que el aspecto central a dilucidar consiste en establecer si el hecho de haberse cambiado la expresión legal "Comprobante de Revisión" por el de "Certificado de Movilización" implica o no la transgresión de las citadas normas legales, de lo cual dependerá el que pueda predicarse o no la violación del artículo 120-3 de la Constitución Política de 1886.

En relación con el mencionado aspecto la Sala considera que de la atenta lectura de las dos normas que se estiman vulneradas y de su armónica interpretación, resulta que el comprobante de revisión a que ellas se refieren puede denominarse válidamente Certificado de Movilización, toda vez que, en primer término, si de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española un comprobante es el instrumento mediante el cual se verifica o confirma la veracidad o exactitud de una cosa, y una certificación es el instrumento en que se asegura la verdad de un hecho, es indiscutible que los dos persiguen un mismo y único objetivo, cual es el de la demostración de las cosas o de los hechos con el concepto que de ellos consagra la norma.

En segundo lugar, y en cuanto al cambio del término "Revisión" por el de "Movilización", la Sala no observa que ello, per se, implique la violación de las citadas normas superiores, ya que ellas consagran, precisamente, la consecuencia de la comprobación de "...graves deficiencias mecánicas o de higiene..." en el proceso de revisión de los vehículos, cual es su inmovilización.

Además de lo anterior, la Sala considera que frente a normas de carácter reglamentario, como la que se analiza, en las cuales el Gobierno Nacional realiza cambios o variaciones en la terminología utilizada por el Legislador, la violación de la norma reglamentada y el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria sólo será susceptible de predicarse en la medida en que tal cambio o variación se produzca con la finalidad de derivar de ella consecuencias distintas de las que le atribuye la ley, e igualmente en la medida en que tales mutaciones lingüísticas se realicen sobre palabras que "...el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias" (Código Civil, art. 28), lo cual no se presenta frente a las normas presuntamente violadas, pues, como atrás se observó, la disposición acusada se limita a introducir tal denominación sin deducir consecuencia alguna, además de que no se alegó ni se demostró por los demandantes que la expresión "Comprobante de Revisión" tenga una definición legal en la materia que regula el acto acusado.

En consecuencia, no prosperan los cargos.

2o. Artículo 3o. Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 3o. El "Certificado de Movilización" es el único documento que acredita por el término de un (1) año que el vehículo que ampara se encuentra en condiciones mecánicas y de higiene, aptas para poder movilizarse por las vías de uso público, que se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos de circulación y tránsito y timbre y que cuenta con la póliza de seguro obligatorio establecida mediante Decreto número 2544 de 1987".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

Primer cargo. Violación directa del artículo 73 del Código Nacional de Tránsito, pues mientras esta norma, en concordancia con el numeral 1. del artículo 230 del mismo estatuto señala las causales de inmovilización de los vehículos y la sanción a que hay lugar, previa observancia del procedimiento establecido en los capítulos IV y V del título 4o. del Código en cita, el Certificado de Movilización deroga el principio legal de "comprobación de la causal", al asumir que objetivamente existe, por el sólo hecho de que el vehículo no lleve la respectiva calcomanía.

Se viola, así mismo, el "principio de culpabilidad", propio del tratamiento y fallo de las contravenciones, pues el presunto contraventor no podrá alegar causales eximentes de culpabilidad, sino que se le tendrá objetivamente como contraventor, a pesar de que el vehículo se encuentre en perfectas condiciones mecánicas o de higiene.

De igual manera la norma demandada contradice los artículos 5o., 18 y 25 del Código Penal, los cuales son de obligatoria observancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 263 del Código Nacional de Tránsito.

Segundo cargo. Violación directa del artículo 57 y parágrafo 2o. del artículo 58 de la Ley 14 de 1983, e indirecta del ordinal 3o. del artículo 120 de la —hoy derogada— Constitución Nacional, por cuanto siendo el paz y salvo por concepto de impuestos de Circulación y Tránsito y de Timbre Nacional el documento resultante del previo pago efectuado en las oficinas recaudadoras territoriales, la norma demandada atribuye al Certificado de Movilización una categoría no otorgada legalmente al comprobante de revisión, al considerarlo como el "único" documento que acredita que un vehículo se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos. De esta manera se evidencia el desbordamiento de la potestad reglamentaria.

Tercer cargo. Violación del artículo 1046 del Código de Comercio, pues al estatuir que el "Certificado de Movilización" es el "único" documento que acredita que el vehículo que ampara cuenta con la Póliza de Seguro Obligatorio "...establecida en el artículo 115 de la Ley 33 de 1986... y no en el Decreto 2544 de 1987 como erróneamente se afirma en el texto del artículo", se invadió un campo regulado por normas de mayor jerarquía (fls. 10 a 12).

Expediente No. 1212.

Primer cargo. Violación del Decreto 1344 de 1970 (Código Nacional de Transporte Terrestre) en sus artículos 73, 87, 88 (modificado por el artículo 14 del Decreto 2169 de 1970), 89, 94, 95, 96, 97, 100 y 102, los cuales regulan la licencia de tránsito, su contenido, sus fines y el régimen que determina sus elementos.

De acuerdo con las citadas normas, la Licencia de Tránsito es el único acto administrativo que confiere al propietario de un vehículo la autorización para circularlo en las vías de uso público. Así, pues, el citado documento y las placas de identificación se expiden cuando se acredite, previo experticio, que el automotor cumple con las condiciones mecánicas y de higiene (art. 97). Además, los artículos 96 y 97 consagran que la licencia se ha de expedir cuando se demuestre la constitución del seguro de responsabilidad por daños a terceros.

El Certificado de Movilización que se crea mediante la norma acusada "...es un documento *adicional* a la Licencia de Tránsito, que pretende cumplir sus mismos fines y es, en su régimen, muy distinto al comprobante de revisión de que habla el artículo 57 de la Ley 14 de 1983, porque al formulario de revisión, que es el comprobante legal, le añade el formulario único nacional y el Certificado de Movilización" (subrayas del actor), de que tratan los artículos 14 y 17 del Decreto demandado.

De otra parte, al disponerse que el Certificado de Movilización "...se constituye en el *'único documento* que acredita por el término de un (1) año que el vehículo que ampara se encuentra en condiciones mecánicas y de higiene aptas para poder movilizarse por las vías de uso público, que se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos de circulación y tránsito y timbre y que cuenta con la póliza de seguro establecida mediante decreto 2544 de 1987' del Gobierno Nacional está, o derogando la licencia de tránsito que, hemos visto, es el único documento que según la ley demuestra esos hechos que pretende acreditar el ahora llamado' certificado de movilización' o creando un nuevo documento que no está previsto en la ley" (fl. 20).

Segundo cargo. Violación del artículo 76-24 de la anterior Carta Política, pues siendo de determinación legal la creación de los documentos indispensables para que los vehículos puedan circular, tal como se ha dispuesto en la Licencia de Tránsito, las placas, la tarjeta de operación de los vehículos de servicio público y la comprobación de la revisión anual, el Gobierno, ni las autoridades de tránsito pueden sustituírlos por otros ni añadirle unos nuevos "...para acreditar los mismos hechos de que parten los anteriores, porque se estaría: a) modificando los artículos 73 y 87 a 102 del Código de Tránsito cuya expedición y reforma es del resorte del

Congreso de la República (art. 76, num. 24), o b) creando nuevas condiciones para la circulación de vehículos desconociendo que esa es una materia que la Constitución reservó al Legislador".

Tercer cargo. Violación del ordinal 3o. del artículo 120 de la —hoy derogada— Constitución Política, pues la potestad reglamentaria no puede ejercerse como facultad legislativa, creando obligaciones y situaciones generales, como las expuestas, del resorte propio del legislador, en los términos del artículo 76, numerales 2 y 24 de la Carta (fls. 14 a 20).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

El Certificado de Movilización que se consagra en la norma acusada se ajusta a los marcos de las leyes reglamentadas, toda vez que el Decreto 1344 de 1970 prevé la obligación de practicar el revisado periódico a los vehículos y la Ley 14 de 1983 determina que tal revisión debe ser anual, condicionando la expedición del comprobante al pago de los respectivos impuestos.

Las únicas finalidades que se persiguen con el establecimiento del Certificado de Movilización son las de racionalizar el proceso revisado de los vehículos y establecer mecanismos idóneos de control del cumplimiento de las obligaciones legales.

En la demanda se parte de la base equivocada de que se está creando un requisito para inmovilizar los vehículos, cuando de su texto no se infiere ello pues en parte alguna se establece que las autoridades puedan retenerlos o inmovilizarlos por dicha razón. Obviamente que quien no lo porte se hará acreedor a una sanción de multa, pero de ninguna manera será obligado a dejar de circular.

Expediente No. 1212.

Si bien la libertad de locomoción es materia reservada a la competencia del legislador, ello no implica la carencia de facultades de reglamentación por parte de las autoridades de tránsito, como de manera clara lo dispone el artículo 1o. del Decreto 1344 de 1970.

La conclusión del actor, en el sentido de que el Certificado de Movilización modifica el Código de Tránsito carece de fundamento, pues tal documento tiene por finalidad servir como medio de prueba a la revisión consagrada en el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970. "Esto es tan claro que expresamente aparece consagrado en el Art. 2o. de la norma acusada" (fl. 145).

d) Razones de la impugnación.

El hecho de que un vehículo que obtenga licencia de tránsito atribuya a su propietario o tenedor la autorización de circular libremente por las vías públicas, no constituye un derecho ilimitado e infinito en el tiempo.

En aras de la seguridad ciudadana se estableció en el artículo 73 del Decreto 1344 de 1970 la obligación adicional de revisar periódicamente los vehículos y autorizó a las autoridades para inmovilizar a aquellos que no reunieran las condiciones mínimas mecánicas o de higiene.

Consecuencia de lo anterior es la gran diferencia que existe entre la Licencia de Tránsito y el Comprobante de Revisión o Certificado de Movilización, estos últimos citados que constituyen "...un mismo documento jurídico con denominación diferente. Pero sustancialmente no hay ninguna modificación. Certificado de Movilización y Comprobante de Revisión son términos sinónimos".

La anterior aseveración se reafirma en el artículo 2o. del Código Nacional de Tránsito Terrestre, con las reformas introducidas por el Decreto-Ley 1809 de 1990, en el cual se indica que el Certificado de Movilización es el Comprobante de Revisión Técnico-Mecánica de un vehículo automotor.

En suma, "La Licencia de Tránsito y el Certificado de Movilización (Comprobante de Revisión) son documentos complementarios creados por la Ley y en ese sentido se plasmaron las disposiciones del Decreto 460 de 1988" (paréntesis del impugnante) (fls. 177 y 178).

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o., anteriormente analizado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas que allí se consignaron.

f) Consideraciones de la Sala.

Expediente No. 975.

En relación con los cargos primero, segundo y tercero, consistentes en la violación directa de los artículos 73 del Decreto 1344 de 1970, 57 y 58, parágrafo segundo, de la Ley 14 de 1983, 1046 del Código de Comercio, e indirecta de los artículos 5o., 18 y 35 del Código Penal y 120-3 de la Constitución Política de 1886, la Sala observa y considera que la norma acusada contiene e integra una serie de previsiones consagradas en disposiciones de superior jerarquía, lo cual no constituye, de ninguna manera, un hecho susceptible de generar las alegadas transgresiones al ordenamiento jurídico, pues en aquellas encuentra, precisamente, su respaldo y consecuente legalidad, como se analizará a continuación.

En efecto, la norma acusada dispone que el Certificado de Movilización (o Comprobante de Revisión) acredita los siguientes hechos:

a) Que se ha llevado a cabo la revisión anual por parte de las autoridades de tránsito de las condiciones mecánicas y de higiene del vehículo, de la cual ha resultado su aptitud para poderse movilizar por las vías de uso público.

b) que se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos de circulación y tránsito y timbre, y

c) Que cuenta con la póliza de seguro obligatorio.

Ahora bien, en cuanto al primero de los citados hechos, la Sala encuentra que la susodicha revisión por períodos anuales se encuentra contenida en los artículos 73 del Decreto 1344 de 1970 y 57 de la Ley 14 de 1983, transcritos en el análisis de la norma que antecede y, en lo atinente a que el Certificado de Movilización acredita que el vehículo está en condiciones mecánicas y de higiene aptas para poder transitar por las vías de uso público, se constata que ello se encuentra ajustado no sólo a los términos del citado artículo 73, sino concordante con lo dispuesto por el artículo 40 de la misma codificación de tránsito y transporte, en el cual se expresa que "Para poder transitar dentro del territorio nacional los vehículos.. (...)... deberán encontrarse en las condiciones mecánicas y de comodidad y seguridad consagradas en este Código, provistos de órganos de mando de fácil y seguro accionar, y con dispositivo de dirección que garantice la fácil y segura maniobrabilidad del vehículo".

En lo referente al segundo hecho que acredita el Certificado de Movilización, es decir, que el vehículo se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos de circulación y tránsito y timbre, éste encuentra su consagración legal en el artículo 57 de la Ley 14 de 1983, en la medida en que en él se dispone que el Comprobante de Revisión "...no podrá ser expedido sin la cancelación previa de los impuestos a que se refiere esta ley", es decir, a los mismos de circulación y tránsito y de timbre nacional (arts. 49 y 50 *ibídem*).

En relación con el tercer hecho que se acredita con el Certificado de Movilización, consistente en que el vehículo "cuente con la póliza de seguro obligatorio", la Sala considera que si bien de acuerdo con el artículo 1046 del Código de Comercio el contrato de seguro se perfecciona y prueba mediante el documento denominado "póliza", la norma acusada no va en contravía de lo dispuesto por la disposición legal, en la medida en que no se está desvirtuando ni la naturaleza jurídica de dicho instrumento, ni su validez como medio probatorio, sino lográndose por parte de las autoridades de tránsito la certeza de que la póliza, por ser de carácter obligatorio (Ley 33 de 1986, art. 115), se ha constituído de acuerdo con las disposiciones legales que la regulan, procurándose con ello garantizar el pago efectivo de los daños que se ocasionen con motivo de accidentes de tránsito.

De otra parte, la Sala considera que cuando la norma acusada dispone que el Certificado de Movilización es el "único" documento que acredita los tres hechos ya analizados, ello no cabe ser interpretado con la óptica de que la utilización del término "único" implique el desconocimiento y derogatoria de las normas superiores en las cuales encuentra su fundamento, sino como que tal documento público da fe de que se ha cumplido integralmente lo dispuesto por las mismas, a pesar de que las obligaciones consagradas en cada una de ellas pueda probarse individualmente con los documentos correspondientes.

Por último, la Sala considera que la norma acusada no puede incurrir en transgresión de los artículos 5o., 18 y 35 del Código Penal, que consagran la culpabilidad y la forma que ésta reviste y la división de los hechos punibles en delitos y contravenciones, por la sencilla razón de que en ella no se dispone o consagra tipo alguno de contravención, que permita hacer referencia a los mismos, ni se señala como causal de inmovilización del vehículo el hecho de no contar con el certificado que regula el acto acusado.

Por lo tanto, no prosperan los cargos.

Expediente No. 1212.

En relación con el primer cargo consistente en la violación de los artículos 73, 87, 88, 89, 94 a 97, 100 y 102 del Decreto 1344 de 1970, por las razones que atrás se dejaron consignadas, la Sala considera lo siguiente:

Los motivos centrales de inconformidad del actor con respecto al artículo 3o. del acto acusado radican, en esencia, en que mientras las citadas normas determinan que la licencia de tránsito y las placas son los únicos requisitos legales exigidos para que un vehículo pueda transitar por el territorio nacional, y que la expedición del primero de los citados documentos debe estar precedida de una revisión técnica del vehículo para establecer sus condiciones mecánicas y de higiene, y de la presentación de la prueba del seguro, el Certificado de Movilización que se crea cumple con los mismos fines de aquella y tiene un régimen muy distinto al del comprobante de revisión.

Luego de la lectura de las disposiciones que se consideran transgredidas y de su confrontación analítica con la norma acusada, la Sala encuentra que no es posible predicar válidamente la similitud en cuanto a los fines y objetivos hacia los cuales apuntan la Licencia de Tránsito y el Certificado de Movilización, ya que el primero de ellos, que en el lenguaje común se denomina "Tarjeta de Propiedad", es el documento que si bien para su expedición debe proceder la comprobación de la revisión mecánico-higiénica y la prueba del seguro obligatorio, la existencia de la misma no garantiza ni demuestra, por sí sola que el vehículo cuyo tránsito autoriza se haya sometido a la revisión anual que consagran los artículos 73 del Decreto 1344 de 1970 y 57 de la Ley 14 de 1983, que se encuentra al día en el pago de los respectivos impuestos de circulación y tránsito y timbre, y que cuenta con el seguro vigente y obligatorio de daños a terceros, requisitos éstos que en el análisis de los cargos formulados contra esta misma norma en el expediente No. 975, se concluyó que son de imperativo cumplimiento.

Es por lo anterior que la Sala concluye que el Certificado de Movilización no cumple con la misma finalidad de la Licencia de Tránsito, ni la sustituye, ni la deroga, sino que es un documento con el cual simplemente se acredita la observancia de las disposiciones superiores que imponen a los ciudadanos obligaciones correlativas a la libertad de locomoción y de circulación.

En relación con los cargos segundo y tercero, que tratan sobre la violación de los artículos 76-24 y 120-3 de la Constitución Política de 1886, la Sala considera que la norma acusada no incurre en su contradicción, pues, como ya se analizó, con el Certificado de Movilización no se está creando un nuevo documento para la circulación de los vehículos.

3o. Artículo 4o. del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"Artículo 4o. El Certificado de Movilización, consistirá en una calcomanía en la cual se indicará claramente el mes y el año de su vencimiento, además del número de la placa del vehículo, el nombre o código de la compañía aseguradora y el número de la póliza del seguro obligatorio".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

Esta norma adolece de ilegalidad por los motivos expuestos frente a los artículos 2o. y 3o.

Expediente no. 1212.

Del texto de la demanda (fls. 21 y ss.) se deduce que los cargos formulados contra estos artículos son los mismos que se formularon contra las normas anteriormente analizadas.

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En parte alguna de los escritos presentados por la demandada se hace referencia, en concreto, al artículo 4o. acusado, pero ha de entenderse que ellos son los mismos expresados en relación con la legalidad del "Certificado de Movilización".

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

En el escrito que la contiene, no se hace expresa referencia a la norma demandada, pero ha de entenderse que los argumentos son los mismos expresados en relación con la legalidad del "Certificado de Movilización".

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Las razones de la Agencia Fiscal son las mismas que se dejaron consignadas en el análisis del artículo 2o. acusado.

f) Consideraciones de la Sala.

Como el ataque a este artículo se sustenta en las mismas razones aducidas respecto de los artículos 2o. y 3o., ya analizados y desechados, el cargo n puede prosperar.

4o. Artículo 5o. del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 5o. El Certificado de Movilización será diseñado y suministrado a las Oficinas de Tránsito del país por el Instituto Nacional del Transporte, tendrá cobertura nacional y será expedido a los propietarios de los vehículos por las Oficinas de Tránsito".

b) Resumen de los cargos

Expediente No. 975

Aún cuando en la demanda se indica como norma acusada el mencionado artículo, en el acápite correspondiente a "NORMAS VIOLADAS-CONCEPTO DE VIOLACION", no se hace referencia alguna a ella (fls. 8 a 12).

Expediente No. 1212.

Además de considerarse como aplicable a este artículo el cargo formulado contra el artículo 3o. del Decreto acusado, se estima que la norma arriba transcrita es violatoria de los artículos 76, numeral 24; 120, numeral 3o. y 187, numeral 9 de la —hoy derogada— Constitución Nacional de 1886 y 7o. del Código Nacional de Tránsito, por las siguientes razones (fls. 25 a 33):

El artículo 3o. del Código Nacional de Tránsito señala cuáles tienen el carácter de "Autoridades de Tránsito", y en su enumeración no se consagra con tal carácter al Instituto Nacional de Transporte, pues "Su actividad se concreta a ejecutar la política de intervención en el transporte, concepto muy diferente al de tránsito o circulación".

En efecto, el tránsito o la circulación no se refieren a un servicio público, como lo es el transporte, ni a una actividad económica que esté relacionada con las necesidades de la sociedad, sino al ejercicio de la libertad de locomoción, consagrada en la Constitución y garantizada por la ley, libertad ésta que por ser susceptible de

afectar la seguridad, salubridad y tranquilidad de las personas, el Estado, mediante medidas policivas, busca reducir los riesgos allí subyacentes.

Es por lo anterior que el artículo 76, numeral 24 de la Constitución prescribe que es de competencia de la ley unificar las normas de policía de tránsito en el país, reflejo de lo cual es lo dispuesto por el artículo 1o. del Código Nacional de Tránsito.

En consecuencia "...las autoridades ejecutivas y de control de las normas nacionales de policía de tránsito son las *autoridades nacionales, departamentales, municipales, intendenciales y comisariales de policía*" (subrayas del actor).

Mientras que el numeral 3. del artículo 120 de la —hoy derogada— Constitución Nacional otorga competencia exclusiva al Presidente de la República para dictar normas reglamentarias,, en el texto demandado se confiere al INTRA la facultad de diseñar el Certificado de Movilización y lo convierte en superior de las autoridades municipales "...rompiendo con el orden jerárquico que la Constitución señala en el régimen departamental y municipal en un tema propiamente policivo y de vigilancia de la conducta de los particulares", además de que con esta facultad se desconocen "los principios constitucionales de los artículos 76 inciso (sic) y numeral 24 y 120 numeral 3, 187 numeral 9" y, de contera, el artículo 7o. del Código Nacional de Tránsito.

En suma, los artículos demandados que confieren competencia al INTRA en materia de tránsito y circulación son ilegales, pues tal entidad no puede ser titular de las facultades conferidas, pues ellas están radicadas en cabeza de otros organismos nacionales, departamentales y municipales.

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

En este expediente no se encuentra referencia alguna a la norma demandada.

Expediente No. 1212.

El INTRA "...sí es autoridad de tránsito. Así aparece consagrado en el Decreto 1173-80 en su artículo 36 modificatorio del artículo 3o. del Dto. 1344-70; en el Dto. 2623-85; en el Dto. 729-86, en la Ley 33-86 y en la Ley 53-89" (sic) (fl. 146).

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

El INTRA es autoridad de tránsito, por las siguientes razones:

1. Por disposición legal expresa, ya que el Código Nacional de Transporte en su artículo 3o. definió como tal al Consejo Superior de Tránsito, el cual, mediante Decreto-Ley 154 de 1976 se modificó en su denominación por el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte, determinando, además, que ejercería las funciones

consultivas y ejecutivas que la ley y los reglamentos le asignen. Fue entonces como por Decreto-Ley 1173 de 1980, artículo 36, se determinó que las funciones de tránsito que ejercía el anterior Consejo serían ejercidas en adelante por la Junta Directiva del INTRA. Sobre este particular aspecto se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 16 de agosto de 1984 (Anales T CVII, año LIX, págs. 33 a 36).

2. El INTRA era y es autoridad de tránsito, pues "...se le ha asignado un cúmulo de funciones de tránsito que resulta un despropósito afirmar que no es autoridad del ramo. Cito sólo algunas disposiciones: Decreto 1147/71; Decreto-Ley 1173/80; Decreto 2623/85; Decreto 729/86; Ley 33/86; y hoy en día las ya mencionadas Ley 53 de 1989, el Decreto 403/90 derogado este por el Decreto-Ley 1809/90, que a su turno lo definió como autoridad de tránsito, asignó al INTRA pluralidad de funciones de circulación" (sic) (fls. 178 y 179).

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

La censura que en contra de esta norma se formula en el expediente radicado bajo el número 1212 se centra en que el Instituto Nacional del Transporte no era autoridad de tránsito y, por tal motivo, el Gobierno Nacional no podía adscribirle las funciones de diseño y suministro del Certificado de Movilización.

En relación con dicha censura, la Sala considera como suficiente para denegar la prosperidad del cargo el hecho de que con la expedición del Decreto 1173 de 1980, y en virtud de lo dispuesto por su artículo 36, el INTRA adquirió la calidad de autoridad de tránsito, tal como fue ampliamente analizado y definido por esta Corporación en sentencias de 20 de septiembre de 1990 y de 28 de febrero de 1992, en la última de las cuales se expresó lo siguiente:

> "Al respecto, esta Corporación, en sentencia de fecha 20 de septiembre de 1990, expedientes acumulados 1043 y 1074, Ponente Doctor Rodrigo Vieira, al estudiar la legalidad del Acuerdo No. 031 de 1987 emanado de la Junta Directiva del INTRA, llegó a la conclusión de que con la expedición del Decreto 1173 de 1980 el "consejo Nacional del Transporte" sustituyó al Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre", y al prescribir en su artículo 36 que las funciones que en ese entonces ejercía el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, serían ejercidas en lo sucesivo por la Junta Directiva del INTRA en lo que se refiere al tránsito, le dio al INTRA la investidura de autoridad de tránsito.

"De manera pues, que, con la expedición del citado Decreto de 1980 y, posteriormente con la de la Ley 53 de 1989, el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, adquirió la calidad de autoridad de tránsito (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. Exp. No. 1274).

5. Artículo 6o. del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"Artículo 6o. El Certificado de Movilización deberá ser fijado en el vidrio delantero del vehículo sin obstaculizar la visibilidad del conductor y será por razones de seguridad, el único elemento que podrá colocarse en el mencionado sitio so pena de ser sancionado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

Cargo único. La norma demandada no sólo adolece de ilegalidad por los motivos expuestos sino, adicionalmente, por cuanto dispone una prohibición y sanción "...por fuera del contenido implícito en la ley, toda vez que hace relación a un elemento nuevo no contenido en ella" (fl. 12).

Expediente No. 1212.

Primer cargo. Frente a esta norma es valedero el primer cargo formulado en contra del artículo 3o.

Segundo cargo. La norma demandada es violatoria de los artículos 120 numeral 3 de la Constitución Nacional de 1886 y 187, 189, 190, 191, 192 y 193 del Código Nacional de Tránsito, con las modificaciones introducidas por la Ley 33 de 1986, pues al establecer una nueva contravención, el Gobierno desbordó el campo propio de la potestad reglamentaria y desobedeció los principios constitucionales que atribuyen la competencia en estos temas al Congreso de la República.

Si la conducta que consagra la norma acusada no está considerada en el catálogo de infracciones que estableció el Código Nacional de Tránsito y la Ley 33 de 1986, es natural que al asumir una función legislativa, el Gobierno viola la Constitución Nacional (fls. 36 a 38).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

En los escritos presentados por la entidad demandada (fls. 52 a 60 y 116 a 120), no se hace referencia alguna a la norma acusada.

Expediente No. 1212.

En parte alguna del escrito presentado por la entidad demandada se hace referencia al artículo acusado.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

En relación con el Primer Cargo. Frente a este cargo se impone acudir a los razonamientos expuestos por la parte impugnadora frente a la solicitud de nulidad del artículo 3o. demandado.

En relación con el Segundo Cargo. Mediante esta norma no se creó ni una contravención ni una sanción, pues tanto una como otra se encontraban establecidas en los artículos 53 y 227 del Código Nacional de Tránsito. Precisamente, con base en el artículo 53 citado, el Gobierno podía ordenar que no se colocara ningún elemento adicional en la superficie del limpiabrisas, a efecto de garantizar la "seguridad" de que trataba el artículo 40 de la misma codificación. En consecuencia, "No se trataba de una contravención creada reglamentariamente, sino del desarrollo directo de una obligación prevista en los artículos 40, 53 y 73 del Código Nacional de Tránsito, en ejercicio del artículo 120-3 de la Carta".

"Además, el Código de Policía en sus artículos 99 y 100 facultaba también a la administración para expedir reglamentos en materia de tránsito en procura de la seguridad ciudadana, y el artículo 1o. del Código autoriza a las autoridades a reglamentar el tránsito en garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes" (fl. 183).

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala

En relación con el primer cargo formulado en el expediente No. 1212, la Sala considera que no puede prosperar, por cuanto se sustenta en las mismas acusaciones contra el artículo 3o. del acto acusado, que no prosperaron.

En relación con el cargo único formulado en el expediente No. 975 y con el segundo cargo formulado en el expediente No. 1212, en los cuales se alega la violación de los artículos 120-3 de la anterior Carta Política, 187 y 189 a 193 del Decreto 1344 de 1970, en virtud de que la norma reglamentaria dispone una prohibición y establece una nueva contravención, la Sala considera lo siguiente:

En cuanto a la primera parte de la disposición acusada, es decir, aquella en que se indica el vidrio delantero del vehículo como sitio donde debe fijarse el Certificado de Movilización, de tal manera que no obstaculice la visibilidad del conductor y determina que aquél será el único elemento que podrá colocarse en dicho sitio, la Sala no puede compartir las apreciaciones de los demandantes, toda vez que con tal medida el Presidente de la República sólo ejerció válidamente la potestad reglamentaria de que se encuentra investido, y en su concepto la misma no implica limitación alguna al ejercicio de las libertades individuales, sino simplemente con ella se pretende garantizar la seguridad pública de acuerdo con los términos del artículo 99 del Código Nacional de Policía y con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1o. del Decreto 1344 de 1970, además de que el inciso cuarto del artículo 40 del mencionado Decreto determina que "En todo caso, la superficie abarcada por el limpiabrisas debe ser de dimensiones tales que garanticen una buena visibilidad del conductor".

Ahora bien, respecto de la segunda parte de la norma demandada, en cuanto dispone la imposición de una multa equivalente a tres salarios mínimos legales diarios a quienes incumplan con el mandato que ella contiene, la Sala previa y cuidadosa revisión del catálogo de faltas y sanciones consagradas en el Decreto 1344 de 1970, con las reformas que le fueron introducidas por la Ley 33 de 1986, no encuentra que el desacato a la conducta descrita en la primera parte del artículo que se analiza sea considerado como constitutivo de falta, y menos aún que pueda conllevar a la imposición de sanciones.

Sostiene el impugnante que mediante la norma acusada no se crea una contravención ni una sanción, pues ellas se encuentran establecidas en los artículos 52 y 227 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Al respecto, y dejando a salvo lo expresado sobre la primera parte de dicha norma, la Sala considera que no le asiste razón alguna en su aseveración toda vez que, en lo pertinente, el citado artículo 53 sólo manda que la superficie abarcada por el limpiabrisas debe ser de *dimensiones* tales que garanticen una buena visibilidad del conductor, sin que de ello pueda deducirse que el legislador hubiese siquiera pretendido derivar consecuencias contravencionales como la que le atribuye la norma acusada. En cuanto al sustento que de dicha norma se pretende encontrar en el artículo 227 de la citada codificación, la Sala encuentra que tampoco asiste razón al impugnante, ya que si bien en dicha disposición se consagra como sanción la multa, ella sólo tiene cabida y aplicación en la medida en que incurra en "...faltas al presente código", dentro del cual no está contemplada la conducta descrita en la norma que se analiza.

De otra parte, y en relación con el también argumento del impugnante, en el sentido de que los artículos 99 y 100 del Código Nacional de Policía y 1o. del Decreto 1344 de 1970 facultan a la administración para expedir reglamentos policivos de tránsito en procura de la seguridad ciudadana, de lo cual deduce la competencia del Gobierno para expedir normas como la demandada, la Sala considera que la facultad que dichas normas otorgan a la administración en ese sentido no puede ser ejercida con violación de las normas constitucionales que radican en el legislador la función de crear conductas punibles y de asignarles su correspondiente sanción.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 76 de la anterior Carta Política corresponde al Congreso hacer las leyes y como consecuencia interpretarlas, reformarlas, derogarlas y expedir códigos en todos los ramos de la legislación. El ordinal 3o. del artículo 120 *ibídem* otorga al Presidente de la República la potestad reglamentaria mediante la expedición de órdenes, decretos y resoluciones "necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", de donde se deduce que en ejercicio de la facultad reglamentaria no se pueden tipificar delitos ni contravenciones, ni crear sanciones que no estén consagrados en las leyes.

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que mediante la norma acusada, y en la parte que se analiza, el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, invadió campos propios del legislador para crear una sanción no prevista en norma de categoría legal, de lo cual resulta su nulidad.

En consecuencia, en la parte resolutiva de este fallo se declarará la nulidad de la siguiente frase: "so pena de ser sancionado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes".

6. Artículo 7o. del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 7o. Ningún vehículo podrá transitar por el territorio nacional sin portar el Certificado de Movilización vigente; quien lo haga incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el presente Decreto. Las autoridades de tránsito que conozcan del caso, remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito donde el vehículo tenga radicada su cuenta".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

Estos son los mismos expresados en relación con el artículo 6o. demandado y ya analizado.

Expediente No. 1212.

Primer cargo. Es el mismo formulado en contra del artículo 3o.

Segundo cargo. Violación del artículo 76, numerales 3. y 24 de la Constitución Política de 1886, pues siendo de competencia del Congreso, se está determinando una nueva conducta punible consistente en conducir un automotor que no tenga Certificado de Movilización y le está señalando una pena pecuniaria.

Además, se "Está modificando el Código Nacional de Tránsito doblemente al: A) Añadir al catálogo de contravenciones que contiene su Título IV una infracción más, y simultáneamente B) Al modificar las sanciones que en él se fijan para quienes operen vehículos que no reúnan las condiciones de seguridad e higiene que ha decretado la Ley de Tránsito" (fl. 38 y 39).

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En ninguno de los escritos presentados por la parte demandada, en los dos expedientes acumulados, se hace referencia a la norma acusada.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

Frente a esta norma son aplicables los argumentos expuestos en relación con el artículo 6o. demandado. Además, "Quien transitare sin el certificado (constancia de revisión) tendría una sanción. Como es tan obvio debía expedirse algún documento que acreditara dicha revisión, que no era otro que el Certificado de Movilización. Este era parte de los requisitos de seguridad exigidos por el Código".

Por otra parte, "Las autoridades debían saber quiénes habían revisado el vehículo y quiénes no (art. 73). Si no se portaba el certificado habría una sanción. Todo lo anterior estaba previsto en los artículos 1, 73, 40 y 227 del Código de Tránsito entonces vigente y en los artículos 90 y 100 del Código Nacional de Policía" (fl. 184).

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía, son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala

En relación con los cargos formulados en contra de esta norma en los dos expedientes acumulados, consistentes en la violación de las mismas disposiciones invocadas frente al artículo 6o. ya analizado y, adicionalmente, de los artículos 76 numerales 3 y 24 de la anterior Carta Política, y dado que los argumentos del impugnante son en esencia los mismos expuestos en defensa de la legalidad del artículo 6o. del acto acusado, la Sala considera que los análisis y conclusión a que se llegó en relación con las partes primera y segunda de dicha norma son válidos y constituyen el fundamento de la decisión de anular la siguiente frase de la norma acusada: "...quien lo haga incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en

el presente Decreto. Las autoridades de tránsito que conozcan del caso, remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito donde el vehículo tenga radicada su cuenta". La nulidad de la última parte se justifica por referirse al trámite de aplicación de la última parte se justifica por referirse al trámite de aplicación de la multa.

7. Artículo 8o. del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 8o. Entiéndese por revisión técnico-mecánica el proceso de verificación del estado general del vehículo y el correcto funcionamiento de los sistemas de frenos, dirección, luces y suspensión, además de aquellos que señala el Director General del Instituto Nacional del Transporte.
>
> "Parágrafo. El Director General del Instituto Nacional del Transporte, fijará los parámetros técnicos que deben cumplir cada uno de los sistemas enunciados en este artículo".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 1212.

El cargo único formulado contra esta norma es, en esencia el mismo planteado, adicionalmente, contra el artículo 5o. del Decreto 460 de 1988 (fls. 31 a 33).

c) Razones de la defensa

Expediente No. 1212

En parte alguna del escrito de contestación de la demanda se hace referencia al artículo acusado.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No 1212.

Toda vez que el fundamento del cargo radica en la incompetencia del INTRA como autoridad de Tránsito, ha de entenderse que las razones de la impugnación son las mismas expresadas en relación con el artículo 5o. acusado.

e) Concepto fiscal.

Expediente No. 1212.

Las razones de la Agencia Fiscal son las mismas que se dejaron consignadas en el correspondiente acápite del artículo 2o. acusado.

f) Consideraciones de la Sala.

Fundamentándose, como se fundamenta, el cargo formulado contra esta norma en el mismo adicionalmente planteado en relación con el artículo 5o. ya analizado, y no habiendo prosperado éste correrá con la misma suerte de aquél.

En consecuencia, no prospera el cargo.

8o. Artículo 11 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 11. Para efectuar la revisión a que se refiere el presente Decreto, las Oficinas de Tránsito deberán utilizar únicamente centros de diagnóstico oficiales y/o privados, siempre que estos últimos hayan sido previamente autorizados por la respectiva Oficina de Tránsito para tal efecto.
>
> "Parágrafo. Las Oficinas de Tránsito celebrarán convenios o contratos con los centros de diagnóstico particulares en los que se determinen las tarifas especiales que se cobrarán por este servicio".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 1212.

En ninguna parte del escrito de demanda la parte actora sustenta expresamente la solicitud de nulidad de la norma transcrita.

c) Consideraciones de la Sala.

Debido a que el actor no sustentó la solicitud de declaratoria de nulidad de la norma transcrita, la Sala se ve relevada en su análisis y por lo tanto, no prospera el cargo.

9. Artículo 13 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 13. *Para los efectos del Certificado de Movilización*, los vehículos podrán ser revisados únicamente en aquellos centros de diagnóstico autorizados por la Oficina de Tránsito donde se encuentre matriculado o radicada la cuenta del respectivo vehículo".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

La norma arriba transcrita, en su parte subrayada, se encuentra viciada de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos..." y, además por estar subordinada a la existencia del Artículo 2o. demandado (fl. 12).

Expediente No. 1212.

En ninguna parte del escrito de la demanda la parte actora sustenta expresamente la solicitud de nulidad de la norma transcrita.

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En ninguno de los escritos presentados por la parte demandada, en los dos expedientes acumulados se hace referencia a la norma acusada.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

En el escrito de impugnación no se hace expresa referencia a la norma acusada.

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

El cargo formulado contra esta norma no prospera, por las mismas razones expuestas por la Sala en relación con el artículo 2o. del acto acusado.

10. Artículo 15 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 15. El Formulario Unico Nacional y el Formulario de Revisión serán únicos a nivel nacional y serán diseñados, reglamentados y suministrados por el Instituto Nacional del Transporte. En consecuencia las autoridades de tránsito competentes no podrán utilizar para estos efectos otros

formularios o comprobantes sin perjuicio de los derechos establecidos por las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, Comisariales e Intendenciales. La Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte fijará el valor del *Certificado de Movilización* y de los formularios Unico Nacional y de Revisión".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

La norma arriba transcrita, en su parte subrayada, se encuentra viciada de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado (fl. 12).

Expediente No. 1212.

Cargo único. Además de ser aplicable a esta norma los mismos planteamientos hechos con respecto al artículo 5o. del acto acusado, se incurre en violación del artículo 43 de la —hoy derogada— Constitución Nacional, pues tomando en consideración que la revisión es un procedimiento de control de las autoridades y que la expedición del comprobante anual que demuestre la misma se impone una vez pagados los respectivos impuestos, es lógico que la prueba de aquella no constituye un servicio ni el suministro de un bien, por lo cual el valor del certificado de que habla la norma es una contribución, de competencia exclusiva del Congreso, de las Asambleas y de los Concejos Municipales.

Si el Gobierno carece de facultad para establecer tal contribución, "Menos aún podrá conferir esa facultad a la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte...".

"Por otra parte, el asignar las funciones de tránsito por el Gobierno en cualquier tiempo tiene la expresa prohibición de modificar el origen, destino y carácter nacional, departamental o municipal de los impuestos, contribuciones o expensas que se cobren por concepto de circulación y tránsito". (fls. 34 a 36).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

Ni en su escrito de contestación de demanda, ni en el alegato de conclusión la entidad demandada hace referencia alguna a la norma acusada.

Expediente No. 1212.

"Al disponer el artículo 15 del Dto. 460-88, que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito fijará el valor del certificado de movilización, está indicando que ese valor que ha de pagarse es el costo que el INTRA asume por la elaboración del documento y del cual no deriva provecho alguno" (fl. 146).

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

En el escrito de impugnación no se hace expresa referencia a la norma acusada.

e) Concepto fiscal.

Expediente Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

Expediente No. 975.

El cargo formulado contra esta norma no prospera, por las razones expuestas por la Sala en relación con el artículo 2o. del acto acusado.

Expediente No. 1212.

En cuanto tiene que ver con la acusación consistente en que el INTRA no es autoridad de tránsito, tal aspecto quedó definido en el análisis del artículo 5o. del acto acusado, en el cual se concluyó que a partir de la expedición del Decreto 1173 de 1980, el mencionado organismo adquirió dicha calidad.

Por lo que respecta a la alegada violación del artículo 43 de la Constitución Política de 1886, la Sala considera como razón suficiente para desechar el cargo, recordar que de conformidad con el artículo 36 numeral 6 del Decreto 2623 de 1985, "por el cual se aprueba el Acuerdo No. 35 de 1985, que adopta los Estatutos Orgánicos del Instituto Nacional del Transporte", este organismo, por intermedio de su Junta Directiva, se encuentra facultado para fijar los precios por concepto "... de la venta de los formularios relacionados con los trámites..." que ante él se realicen, dentro de los cuales están, precisamente, los señalados en la norma demandada, y sin que el precio que para ellos se establezca pueda ser reputado como impuesto o contribución, cuya naturaleza jurídica difiere notablemente de aquéllos.

11.-Artículo 18 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

A continuación se transcribe la totalidad del mencionado artículo, aclarando que la nulidad que se solicita se refiere exclusivamente a la frase subrayada:

> "Artículo 18. Si durante la revisión nacional hubiese orden judicial de retener o decomisar un vehículo, la Oficina de Tránsito **no podrá entregar**

el Certificado de Movilización y procederá de inmediato a poner dicho automotor a órdenes de la autoridad que lo requiera".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

La norma contentiva de la frase cuya nulidad se demanda, se encuentra viciada de ilegalidad "... por los argumentos ya expuestos ..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado (fl.12).

c) Razones de la defensa.

Expediente No.975.

En ninguno de los escritos que obran en el expediente la entidad demanda hace referencia alguna a la expresión aquí cuestionada.

d) Razones de la impugnación.

No se hace referencia a esta norma.

e) Concepto fiscal.

Expediente No.975.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

El cargo no prospera, por las razones expuestas en el análisis del artículo 2o. del acto acusado.

12.Artículo 19 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"Artículo 19. Establécense las siguientes fechas para la revisión técnico-mecánica de los automotores matriculados en el país para el año de 1988:

"Del 1o. de abril al 31 de julio de 1988, los modelos del 81 al 87.

"del 1o. de agosto al 30 de noviembre de 1988, los modelos del 72 al 80.

"Del 1o. de diciembre de 1988 al 31 de marzo de 1989 los vehículos de modelos 1971 y anteriores.

"Parágrafo. *A partir de las fechas de vencimiento de cada grupo de modelos de vehículos a que se refiere el presente artículo, las autoridades de tránsito exigirán el certificado de Movilización a dichos vehículos".*

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

El parágrafo de la norma transcrita se encuentra viciado de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos..." y, además. por estar subordinado a la existencia del artículo 2o. demandado (fl.12).

Expediente No.1212.

En ninguna parte del escrito de demanda la parte actora sustenta expresamente la solicitud de nulidad de la norma transcrita.

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En ninguno de los escritos que obran en los expedientes acumulados la entidad demandada hace referencia alguna al artículo acusado.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No.1212.

En el escrito de impugnación no se hace expresa referencia a la norma acusada.

e) Concepto fiscal.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

El cargo formulado no prospera, por las mismas razones expuestas por la Sala en la acusación formulada al artículo 2o. del acto acusado.

13.Artículo 20 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 20. Una vez revisado el vehículo en cualquiera de los meses preestablecidos para su revisión, éste deberá presentarse a nueva revisión en ese mismo mes cada año.
>
> "Parágrafo. Cuando las condiciones así lo exijan, el Director General del Instituto Nacional de Transporte podrá reprogramar las fechas de revisión".

b)Resumen de los cargos.

Expediente No.1212.

El cargo único formulado contra esta norma es, en esencia, el mismo planteado, adicionalmente, contra el artículo 5o., también demandado (fls.31 y 32).

c) Razones de la defensa.

Expediente No.1212.

Estas son las mismas consignadas en el análisis que se hizo del artículo 5o. demandado (fl.146).

d) Razones de la impugnación.

Ellas son las mismas expresadas como fundamento de la impugnación del artículo 5o., también demandado.

e) Concepto fiscal.

Expediente No.1212.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

El cargo formulado no prospera por idénticas razones a las expuestas en el análisis del artículo 5o. del acto acusado.

14. Artículo 22 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 22. Para los vehículos que hayan sido objeto de la revisión anual correspondiente a 1988 antes de la vigencia del presente Decreto, las Oficinas de Tránsito diligenciarán el Formulario Unico Nacional y remitirán copia del mismo antes del 31 de mayo del presente año a la Dirección General del Instituto Nacional del Transporte.
>
> "Parágrafo. *Los propietarios de estos vehículos procederán de acuerdo con la programación a presentar la póliza del seguro obligatorio y acreditar el pago de los impuestos del vehículo en la Oficina de Tránsito a fin de obtener su Certificado de Movilización".*

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

A pesar de que se solicita la nulidad del parágrafo de la norma transcrita, la parte actora no formula ningún cargo contra el mismo.

Expediente No.1212.

En ninguna parte del escrito de la demanda la parte actora sustenta expresamente, la solicitud de nulidad de la norma transcrita.

c) Consideraciones de la Sala.

En atención a que los actores no indican ninguna norma legal en la cual sustenten la solicitud de declaratoria de nulidad de esta norma, ello releva a la Sala de cualquier análisis.

15. Artículo 23 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 23, Los vehículos de servicio público por carretera tanto de carga como de pasajeros, así como los particulares de carga, podrán efectuar la revisión técnico-mecánica a que se refiere el presente Decreto en la fecha programada ante cualquier Oficina de Tránsito del país que cuente con centro de diagnóstico autorizado para tal fin. En el caso de que tal revisión se realice en una Oficina de Tránsito diferente a aquélla en donde se encuentra matriculado el vehículo o radicada su cuenta, el funcionario de tránsito delegado en el centro de diagnóstico respectivo refrendará el

Formulario de Revisión, sin diligenciar el Formulario Unico Nacional. El Formulario de Revisión será entregado al interesado, quien deberá presentarlo en la Oficina de Tránsito donde el vehículo tenga radicada la cuenta en el momento de la solicitud del Certificado de Movilización. La autoridad de tránsito procederá entonces a diligenciar el Formulario Unico Nacional, previo el lleno de los requisitos establecidos en este Decreto.

b) Resumen de los cargos.

expediente No.975.

La norma contentiva de la frase cuya nulidad se demanda, se encuentra viciada de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos ..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado (fl.12).

Expediente No.1212.

En ninguna parte del escrito de demanda la parte actora sustenta expresamente la solicitud de nulidad de la norma transcrita.

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En ninguno de los escritos que obran en los expedientes acumulados la entidad demandada hace referencia alguna al artículo acusado.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No.1212.

En el escrito de impugnación no se hace expresa referencia a la norma acusada.

e) Concepto fiscal.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

El cargo formulado contra esta norma no prospera por las razones expuestas por la Sala en la acusación formulada al artículo 2o. del acto acusado.

16.Artículo 25 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 25. Quien no presente el vehículo a revisión técnico-mecánica en las fechas señaladas en el presente Decreto, incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios, vigentes por cada mes o fracción de mes que haya pasado desde el mes establecido para su revisión. En todo caso, el Certificado de Movilización se expedirá con vigencia hasta el mes inicialmente establecido para su revisión.

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

La norma contentiva de la frase cuya nulidad se demanda, está viciada de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado (fl.12).

Expediente No.1212.

Cargo único. Violación de los artículos 16 de la —hoy derogada— Constitución Nacional y 73 del Código Nacional de Tránsito, pues modifica el régimen constitucional y legal de las contravenciones al sancionar con la inmovilización del vehículo a quien no lo presente a la revisión —anual—, lo cual "... es en el fondo, una suspensión de la licencia de tránsito por razones de orden público como son las derivadas de la protección a de las personas en sus vidas y bienes" (sic).Se evidencia, además la modificación del artículo 73 citado, "...puesto que le asigna a la falta de revisión una consecuencia —imposición de multa distinta a la prevista en aquel artículo" (Subrayas del actor) (Fls. 39 y 40).

c) Razones de la defensa.

Expediente No.975.

"Al establecer unos procedimientos y un calendario para la revisión de los automotores el Estatuto acusado no hace cosa distinta que permitir el adecuado cumplimiento de las disposiciones..." legales (fl. 58).

Expediente No.1212.

En él no se hace referencia a esta norma.

d) Razones de la impugnación.

"La multa que contenía el artículo 25 era la que ordenaba el artículo 227 del Código de Tránsito para el caso de la no revisión ordenada en el artículo 73 de entonces "(fl. 184).

e) Concepto fiscal .

Expediente No.975.

Tal como se expresó al hacer referencia a dicho concepto en el artículo 2o. demandado, la Agencia Fiscal considera que la totalidad de las normas acusadas se ajustan a derecho.

Expediente No.1212.

En relación con las multas que consagra el decreto acusado, se considera que tal sanción se encuentra establecida en la Ley 33 de 1986, Título IV.

Aun cuando la inmovilización de los vehículos "... es una medida de previsión, precaución o de cuidado y seguridad", por lo mismo no da derecho a las autoridades a despojar el propietario o tenedor del vehículo (fl. 196).

f) Consideraciones de la Sala.

Expediente No.975.

El cargo no prospera, por las razones expuestas en relación con el artículo 2o. del acto acusado.

Expediente No.1212.

Como quiera que frente a la primera parte del artículo demandado se observa que el Gobierno Nacional eleva a categoría de contravención la conducta de no presentar a revisión técnico-mecánica el vehículo en las fechas señaladas en el acto acusado, para con base en ella establecer una sanción de multa, sin que esa conducta ni la sanción estén consagradas en las normas legales, y teniendo en cuenta que en los análisis efectuados en relación con los artículos 6o. y 7o. se concluyó que tal proceder desborda el marco del ejercicio de la potestad reglamentaria, e invade, en consecuencia zonas constitucionales reservadas al legislador, la Sala considera que no hace falta volver sobre la misma materia para concluir que en presencia de similares circunstancias debe producirse la declaratoria de nulidad de la norma demandada, a excepción de su último párrafo que expresa: "En todo caso, el Certificado de Movilización se expedirá con vigencia hasta el mes inicialmente establecido para su revisión", toda vez que de las alegaciones del actor no resulta que contra ella se formule cargo alguno.

En consecuencia, en la parte resolutiva de este fallo se declarará la nulidad del siguiente texto de la norma demandada:

"Quien no presente el vehículo a revisión técnico-mecánica en las fechas señaladas en el presente Decreto, incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales, diarios vigentes por cada mes o fracción de mes que haya pasado desde el mes establecido para su revisión".

17. Artículo 27 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"Artículo 27. *El mes de.expiración de la póliza de seguro individual deberá coincidir con el mes de expiración del Certificado de Movilización. Cuando se trate de póliza de seguro colectiva, el Certificado de Movilización para cada uno de los vehículos amparados se expedirá por un (1) año a partir del mes de revisión correspondiente, sin consideración a la fecha de expiración del seguro.* Las aseguradoras informarán al Instituto Nacional de Transporte sobre las novedades que se presenten durante la vigencia de la póliza, así como sobre su renovación. Si esta información no es suministrada, se entenderá que la póliza ha sido oportunamente renovada. *En caso de nó renovación, el Instituto nacional de Transporte comunicará a las Oficinas de Transito a fin de que estas anules los Certifuicados de Movilización que habiendo sido expedidos al amparo de dichas pólizas, aún se encuentren vigentes*".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No.975.

La norma contentiva de las frases cuya nulidad se demanda, está viciada de ilegalidad "...por los argumentos ya expuestos..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado. (fl. 12).

Expediente No. 1212.

Frente a esta norma son aplicables los argumentos expuestos en el cargo adicional formulado contra el artículo 5o., también demandado.

c) Razones de la defensa.

Expedientes Nos. 975 y 1212.

En ninguno de los escritos presentados por la parte demandada, en los expedientes acumulados, se hace referencia a la norma acusada.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

En el escrito de impugnación no se hace expresa referencia a la norma acusada.

e) Concepto fiscal.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

Toda vez que los cargos formulados contra esta norma en los expedientes acumulados se sustentan en las mismas razones expuestas con relación a los artículos 2o. y 5o. del acto acusado, y de acuerdo con lo allí analizado por la Sala no prosperaron, éstos tampoco pueden prosperar.

18. Artículo 28 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 28. El propietario de un vehículo que transite sin el correspondiente seguro de que trata el Decreto 2544 de 1987, será sancionado con multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales diarios vigentes".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 1212.

Cargo único. Violación del artículo 76,numerales 3 y 24 de la —hoy derogada- Constitución Política, al crear "...una nueva infracción que debe tener origen en una norma del Congreso", razón por la cual se está modificando el Código de Tránsito sin la autorización constitucional debida (fls. 37 y 38).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 1212.

En ninguno de los escritos presentados por la parte demandada se hace referencia a la norma acusada.

d) Razones de la impugnación.

Expediente No. 1212.

"El requisito del seguro de accidentes era una norma tendiente a la seguridad ciudadana contenida en la Ley 33/86 que modificó el Código de Tránsito. La obligación de tener el seguro por daños a personas causados en accidentes de tránsito estaba consagrado en el art. 259 del Código de Tránsito que era precisamente la norma reglamentada y, de conformidad con el art. 227 del Código la multa es sanción aplicable por falta de sus disposiciones" (fl. 184).

e) Concepto fiscal.

En relación con las multas qué consagra el Decreto acusado, se considera que tal sanción se encuentra establecida en la Ley 33 de 1986, Título IV (fl. 196).

f) Consideraciones de la Sala.

Para declarar la prosperidad del cargo formulado en contra de esta norma, la Sala reitera los mismos planteamientos efectuados en el análisis del artículo 25 del acto acusado, ya que mediante ella el Gobierno Nacional crea una conducta contravencional y le establece una sanción de multa, a pesar de que el Código Nacional de Tránsito Terrestre, según el texto vigente en la época, tipificaba específicamente cada una de las conductas que eran susceptibles de sanción y precisaba la sanción correspondiente, sin que dentro de ellas se encontrara la de transitar sin el correspondiente seguro. Es decir, que si bien el seguro es obligatorio, el incumplimiento de esa obligación tendrá las consecuencias previstas en la ley, sin que dentro de ellas se encontrara la de ser sancionable con multa.

19. Artículo 31 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"Artículo 31. El Director General del Instituto Nacional de Transporte dictará las disposiciones necesarias para el estricto cumplimiento del presente Decreto".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 1212.

Frente a este artículo se plantea el cargo adicional formulado contra el artículo 5o. acusado (fl. 32).

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 1212.

Son las mismas expuestas en relación con la solicitud de nulidad del artículo 5o., también demandado.

d) Razones de la impugnación.

Estas son las mismas expresadas frente a la solicitud de nulidad del artículo 5o. demandado.

e) El concepto fiscal.

Tal como se expresó frente al artículo 2o. demandado, las consideraciones de la Fiscalía son las mismas allí consignadas.

f) Consideraciones de la Sala.

A juicio de la Sala este cargo no prospera por cuanto reposa en la misma acusación formulada en contra del artículo 5o. del acto acusado, que no prosperó.

20. Artículo 32 del Decreto 460 de 1988

a) El acto acusado.

La norma cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 32. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga los artículos 14 y 15 del Decreto 2544 de 1987 y demás normas que le sean contrarias".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 975.

La norma acusada está viciada de ilegalidad "... por los argumentos ya expuestos..." y, además, por estar subordinada a la existencia del artículo 2o. demandado.

c) Razones de la defensa.

Expediente No. 975.

No se hace referencia a la norma demandada.

d) Concepto fiscal.

Expediente No. 975.

Este es el mismo consagrado en el artículo 2o., también demandado.

e) Consideraciones de la Sala.

Tampoco prospera este cargo, pues se sustenta en los mismos argumentos planteados en contra del artículo 2o. del acto acusado, los cuales no prosperaron.

Por último, la Sala puntualiza que las declaratorias de la nulidad a que procederá en la parte resolutiva de este fallo sólo se refieren al período de tiempo durante el cual pretendieron estar vigentes las normas que se anulan, es decir hasta la fecha de publicación del Decreto 1809 de agosto 6 de 1990, mediante el cual, a través de su artículo 3o. se derogó expresamente el Decreto 460 de 1988, que constituye el acto acusado en este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. DECLARASE la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 460 de 11 de marzo de 1988, expedido por el señor presidente de la República:

a) Del artículo 6o., la parte que reza: "... so pena de ser sancionado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales diarios vigentes".

b) Del artículo 7o., la parte que dice "... quien lo haga incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios vigentes, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el presente Decreto. Las autoridades de Tránsito que conozcan del caso, remitirán copia de la orden de comparendo a la Oficina de Tránsito, donde el vehículo tenga radicada su cuenta".

c) Del artículo 25, la parte que expresa: "quien no presente el vehículo a revisión técnico-mecánica en las fechas señaladas en el presente Decreto, incurrirá en multa equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales diarios, vigentes por cada mes o fracción de mes que haya pasado desde el mes establecido para su revisión".

d) el artículo 28 en su integridad.

Segundo. DENIEGANSE las demás pretensiones de las demandas.

Tercero. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia, a los señores Ministro de Obras Públicas y Transporte y a la Directora General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, INTRA.

Cuarto. En firme esta sentencia, archívense los expedientes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos .

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONTROL FISCAL MUNICIPAL

Se observa en el contexto de las disposiciones acusadas que ellas crean y organizan una Auditoría independiente de la Contraloría Municipal pero dependiente directamente del Concejo Municipal, lo cual transgrede el inciso 2o. del artículo 190 de la Constitución Nacional, cuya esencia se conserva en el artículo 272 de la Nueva Carta con la única variante de que el control fiscal debe ejercerse en forma posterior y selectiva sobre la administración municipal, anotándose que en ambas disposiciones debe entenderse que en esta expresión está incluida la gestión fiscal del municipio propiamente dicho como la de las correspondientes entidades descentralizadas municipales con las restricciones que se puedan predicar respecto de las sociedades de economía mixta, según lo que se prescriba en su respectivo acto de creación y en sus estatutos. Corresponde, pues, a la Contraloría Municipal, ejercer el control fiscal del municipio y sus entes descentralizados.
CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo 29 de 14 de septiembre de 1970, dictado por el Concejo Municipal de Medellín, en lo que se refiere a los artículos 6, 7 y 8 al igual que la NULIDAD de la Resolución No. 1050 bis de 2 de noviembre de 1970 de la Gobernación de Antioquia, mediante la cual fue aprobada la reforma hecha a los Estatutos de las Empresas Públicas de Medellín, por el acuerdo acusado, nulidad decretada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2036. Actor: *Oscar J. Uribe Montoya*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el impugnante Gustavo Bustamante Moratto, con la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 13 de marzo de 1992.

1. ANTECEDENTES

A. EL ACTOR, EL TIPO DE ACCION INCOADA Y LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El ciudadano y abogado Oscar J. Uribe M., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó el 9 de noviembre de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la nulidad del Acuerdo 29 de 14 de septiembre de 1970, dictado por el Concejo Municipal de Medellín. "Por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y se dictan otras disposiciones", pero sólo en lo que se refiere a los artículos 6o., 7o. y 8o., al igual que la nulidad de la Resolución No. 1050 bis, de 2 de noviembre de 1970, originaria de la Gobernación de Antioquia, mediante la cual fue aprobada la reforma hecha a los Estatutos de las Empresas Públicas por el Acuerdo acusado.

B. LOS ACTOS ACUSADOS.

Los artículos que del Acuerdo 29 de 1970, expedido por el Concejo Municipal de Medellín se demandan, son del siguiente tenor:

> "ARTICULO 6o". Las Empresas Públicas de Medellín tendrán un Auditor con su respectivo suplente, designado por el Concejo Municipal para un período de dos (2) años, contado a partir del primero (1o.) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971). El suplente reemplazará al Auditor en sus faltas absolutas, accidentales o temporales.
>
> "Parágrafo: El Auditor deberá ser un profesional titulado en una cualquiera de las siguientes profesiones: Economía, Ingeniería, Derecho, Administración o Contaduría. Deberá acreditar, igualmente, una experiencia mínima de cinco (5) años en actividades afines a las inherentes de Auditoría.
>
> "ARTICULO 7o". A partir del primero (1o.) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971) la asignación de auditor será la misma que tengan los demás funcionarios elegidos por el Concejo (Personero, Contralor y Tesorero).
>
> "ARTICULO 8o". El Auditor podrá ser reelegido indefinidamente y removido por las causales que establezcan los Estatutos y el cargo es incompatible con cualquier otro empleo del Establecimiento.
>
> Las funciones del Auditor serán las contenidas en los Estatutos. Siempre que se trate de determinar funciones de la Auditoría, éstas se reglamenta-

rán sobre la base de que su finalidad es la de realizar un efectivo control sobre los bienes y actividades financieras del Establecimiento y que no tiene competencia para intervenir en sus funciones ejecutivas y sólo puede realizar las funciones administrativas inherentes a la organización de la misma Auditoría".

También se acusa la resolución 1050/bis de 2 de noviembre de 1970, mediante la cual el Gobernador de Antioquia decide aprobar la reforma introducida a los estatutos de las Empresas Públicas de Medellín en el Acuerdo. Este acto aparece a folios 40 a 41 del Cdno. No.1.

C. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Este acápite corre a folios 43 a 50 del Cdno. No.1. En él se incluyen elementos fácticos y apreciaciones jurídicas que son propias del concepto de la violación, en el cual están reiteradas.

Los hechos propiamente dichos que el actor invoca como fundamento de sus pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

El acuerdo demandado fue sancionado por el señor Alcalde el 14 de septiembre de 1970.

La Reforma Constitucional de 1968, admite a nivel de la Carta, la creación de establecimientos públicos del orden municipal, como organismos propios de la administración.

Las Empresas Públicas de Medellín nacieron a la vida jurídica mediante el concurso de un acto constitucional: el Acto Legislativo número 5 de 1954, un Decreto Especial del Ejecutivo: Decreto 1816 de 1955, un Acuerdo del Concejo de Medellín: Acuerdo número 58 de 1955 y un Reglamento del Alcalde de Medellín: Decreto número 375 de 1955.

El artículo 197 de la Constitución Nacional, en su atribución 4a., faculta a los Concejos para crear a iniciativa del Alcalde, establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que la ley determine.

Como antes de la reforma constitucional de 1968 la competencia de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales era muy controvertida, la administración municipal de Medellín del año 1955 estimó necesario para seguridad legal, solicitar del legislador una autorización expresa para descentralizar algunos servicios públicos y entregarlos a un ente administrativo autónomo con las características de un establecimiento público.

Por esta época no funcionaba el órgano legislativo, pero el ejecutivo nacional profirió el Decreto 1816 de 1955, apoyándose en el Acto Legislativo 5 de 1954, y autorizó al Municipio de Medellín para organizar uno o varios de los servicios municipales de esta ciudad, aislada o conjuntamente, como entidades administra-

tivas autónomas, con personería jurídica y patrimonio propio. Pero no hubo autorización para la creación de Auditoría para dicho establecimiento.

Con base en tal Decreto, el Consejo Administrativo de Medellín dictó el Acuerdo número 58 de 1955 por el cual se organizaron en un establecimiento público autónomo, los servicios de energía eléctrica, alcantarillado, acueducto y teléfonos. Este Acuerdo tuvo su desarrollo en el Decreto 375 de 1955, del Alcalde de Medellín, por el cual se expidieron los estatutos del ente autónomo referido.

El Decreto 1816 de 1955 desapareció de la escena jurídica como Estatuto Rector de las Empresas Públicas de Medellín, aunque subsistan algunos de sus efectos al tenor del artículo 27 de la Ley 153 de 1887.

En virtud de la Reforma Plebiscitaria de 1957, el Acto legislativo número 5 de 1954 se tuvo como no escrito, aunque no se pueden desconocer algunas de sus secuelas jurídicas como las del Decreto 1816 de 1955 que dio vida a las Empresas Públicas de Medellín como establecimiento público.

El Acuerdo demandado en su artículo 10o. derogó, entre otros artículos, el 21 del Acuerdo 58 de 6 de agosto de 1955, precisamente el que había creado el cargo de auditor de las Empresas Públicas de Medellín. Sin embargo, y a contrario *sensu*, el mismo Acuerdo 29 de 1970 dispuso en cuanto a dicho Auditor lo que se consigna en los artículos 6o. 7o. y 8o. acusados, es decir, crear nuevamente el cargo de Auditor.

Las funciones del Auditor de las Empresas Públicas de Medellín están señaladas en el artículo 68 de los Estatutos, Decreto Municipal 375 de 1955, literales a) a 1).

Cuando se creó la auditoría de las Empresas Públicas de Medellín, mediante Acuerdo No.58 de 1955, ya existía en el municipio el cargo de Contralor Municipal.

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 51 a 63 del cdno. No. 1):

Los artículos 2o., 20, 190, inciso 2o. y 197 de la Constitución Nacional de 1886.

El Acuerdo 29 de 1970 que se acusa es el único sustento jurídico de la Auditoría de las Empresas Públicas de Medellín por cuanto el mismo Estatuto derogó en forma expresa las disposiciones del Acuerdo 58 de 1955 que habían creado el cargo de Auditor.

Dice que, conforme se señaló por el Consejo de Estado en sentencia de 6 de septiembre de 1979, mediante la ley 6a. de 1958 fueron derogadas todas las disposiciones legales que existían sobre control fiscal en la esfera municipal, y que así

las cosas, y como quiera que la Constitución no tenía ninguna norma relativa a este control en el nivel municipal, debía entenderse que a partir de la vigencia de dicha ley, los Concejos Municipales, sin excepción ni limitación podrían organizar el control fiscal en la esfera municipal.

Y añade que esta situación, como lo expresa igualmente la sentencia citada, se mantuvo hasta cuando entró en vigencia el A.L. No. 1 de 1968 en cuyo artículo 59, que corresponde al 190 de la codificación actual (se refiere, desde luego, a la de 1.886) se dispuso que "...la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamento y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales".

Constitucionalmente, pues, la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios solamente la pueden llevar a cabo la Contraloría Departamental o la Contraloría Municipal, cuando lo disponga la ley. Ninguna otra autoridad lo puede hacer.

Desde el 25 de septiembre de 1958, el país carece de legislación que le permita a los municipios crear contralorías propias, a no ser las disposiciones del Decreto 1333 de 1986.

El Concejo Municipal de Medellín ha resuelto, por su propia cuenta y riesgo y en tres ocasiones, separar el control de las entidades descentralizadas (Empresas Públicas de Medellín, Instituto Metropolitano de Valorización y Empresas Varias Municipales, señala también el actor), dándoles una organización y funcionamiento autónomo e independiente de la Contraloría Municipal, a través de las llamadas AUDITORIAS, creadas, controladas y organizadas por el propio Concejo Municipal, sin tener en cuenta que la Constitución no admite de manera excluyente dos formas de control fiscal del Municipio, ni en el sector central ni en el descentralizado.

La Constitución señala que el Concejo Municipal, conforme a la ley, elija personero y los demás funcionarios que determine la ley.

Pero, la ley no ha determinado en ninguna parte, que el Concejo de Medellín elija el Auditor de las Empresas Públicas de Medellín, ni directa, ni indirectamente. Al hacerlo, viola flagrantemente los artículos 2o. y 20 de la Carta.

Desde la vigencia del Acuerdo 58 de 1955, la creación del cargo de AUDITOR de las Empresas Públicas de Medellín sería ANULABLE por cuanto para esa época ya había surgido la CONTRALORIA MUNICIPAL creada mediante el Decreto 359 de 9 de junio de 1950, dictado por el Presidente de la República de ése entonces.

Pero como las normas del Acuerdo 58 de 1955 que habían creado y organizado la AUDITORIA de las Empresas Públicas de Medellín fueron expresamente derogadas, mal podría demandarse la ANULACION de ellas, al desaparecer del mundo jurídico.

Pero esas normas derogadas fueron reemplazadas por las mencionadas del Acuerdo 29 de 1970. De acuerdo con lo expuesto, el actual soporte jurídico de la AUDITORIA de las Empresas Públicas de Medellín, soporte muy precario por

cierto, no es el Acuerdo 58 de 1955 que las organizó, toda vez que el Artículo 21 que la había creado fue expresamente derogado. El fundamento, se repite, viene a ser el Acuerdo 29 de 1970, en los Artículos 6o., 7o. y 8o, que vinieron a crear nuevamente esa AUDITORIA, con los mismos vicios y virtudes de los actos que crearon y organizaron las AUDITORIAS del INVAL y de las Empresas Varias de Medellín, anulada la primera y en vía de serlo la segunda.

Para la época en que se creó y organizó la AUDITORIA de las Empresas Públicas de Medellín, ya estaba funcionando la Contraloría Municipal, organismo que era entonces el competente para ejercer el control fiscal de ese ente.

El artículo 197 de la Constitución señala que las atribuciones de los Concejos se ejercerán conforme a la ley, o sea que los Acuerdos que dicten deben estar de conformidad con ésta. Esos Acuerdos y esas atribuciones no se dan caprichosamente, sino de conformidad con la Constitución y la ley. Además, según el artículo 190, inciso 2o., *ibídem*, solamente la ley puede señalar excepciones al control fiscal de los Municipios, por parte de las Contralorías Departamentales.

Reitera el actor que no pueden existir dos organismos de control fiscal sobre los mencionados entes, y añade que ésto lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia dictada en la acción de nulidad promovida contra el acto del Concejo de Medellín que creó el cargo de Auditor del Instituto Metropolitano de Valorización, para lo cual trae a colación algunos apartes de dicho fallo.

En relación con el fenómeno de la "Supervención" o aparecimiento de nuevo derecho que legalizaría la situación planteada con el fundamento en el artículo 305 del C. de R.M., que autoriza la creación de las Contralorías con base en el presupuesto anual, no se produce en el presente caso, toda vez que la Auditoría de las Empresas Públicas de Medellín fue definitivamente creada por el Acuerdo 29 de 1970, cuando ya existía Contraloría Municipal, pues el Acuerdo 58 de 1955 del Concejo Administrativo de Medellín, que inicialmente la había autorizado, fue derogado, en cuanto a este punto, por el mencionado Acuerdo 29 de 1970. Este punto se encuentra consignado por el Tribunal en la acción de nulidad a que se acaba de hacer referencia.

e. Las razones de la defensa

La parte demandada, Municipio de Medellín, no dio contestación a la demanda, más sí alegó de conclusión (fls 189 a 192 del Cdno. No. 1).

El Auditor de las Empresas Públicas de Medellín intervino como impugnante, contestó la demanda y alegó de conclusión (folios 86 a 105 y 173 a 188 del Cdno. No. 1).

Los ciudadanos Carlos Alberto Atehortua y Gustavo Bustamante Moratto también impugnaron la demanda, aquel en la contestación (folios 113 a 132 del Cdno. No. 1), éste interviniendo antes de entrar el negocio para fallo en la primera instancia (fls. 197 a 201 del Cdno. No. 1).

Los argumentos de todos ellos son en lo fundamental coincidentes, y se resumen a continuación:

El Consejo Administrativo de Medellín actuó obedeciendo al mandato del legislador extraordinario, sin que pudiera abstenerse de cumplir con la disposición normativa, ya que la expresión " tendrán un Auditor", que se consagra en la regla 11 a) del Artículo 2o. del Decreto 1816 de 1955, es imperativa y en caso de haber omitido tal creación, sería responsable al tenor del artículo 20 de la Constitución Nacional.

Si bien es cierto que la expedición del Decreto 1816 de 1955 se realizó sobre las facultades otorgadas por un Acto Legislativo de cuya derogación no se presentan dudas, también lo es que para la creación de organismos públicos descentralizados, departamentales o municipales, no era necesario el aducido acto legislativo número 5 de 1954, pues en preceptos constitucionales y legales preexistentes se encontraban facultades similares y por lo tanto hay que considerar que la derogatoria de la norma no afecta de manera alguna las que fueron expedidas con base en ella.

No es admisible la opinión de que el soporte jurídico de la Auditoría sea el Acuerdo 29 de 1970, porque jurídicamente no puede crearse lo que ya existe y sí es posible que el Concejo Municipal ejerza las atribuciones deferidas por la ley, y en especial las del artículo 197-6 de la Carta en cuanto a la elección de funcionario-Auditor- que el decreto 1816 determinó.

Conforme al doctrinante Enrique Sayagués Laso, las personas y órganos públicos pueden, dentro de su propia competencia, ampliar la misma, limitándose únicamente al ejercicio de las potestades que le atribuyó el legislador y con las limitantes por éste trazadas, caso al cual se acomoda íntegramente la Auditoría del ente público municipal.

El legislador de 1955 conocía sobre la existencia del organismo fiscal del ente territorial Municipio de Medellín y no quiso que el Auditor fuera nombrado por el Contralor sino por el Consejo. Por ésto, debe tenerse en cuenta que el artículo 4o. del Decreto Ley 1816 derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias. En estos términos, se concluye que la corporación edilicia no se autorevistió de facultades sino que las recibió directamente de la ley.

El único cargo de rango constitucional elegido por los concejos municipales actualmente, es el de personero, los demás según las voces del artículo 197-6 de la Carta, son autorizados por la misma pero creados por la ley, lo cual aconteció con el de Auditor de las Empresas Públicas de Medellín, pues fue el Decreto ley 1816 de 1955 que en su regla 11 a) del artículo 2o. así lo dispuso y que en forma caprichosa el actor pretende desconocer en varios apartes del acto procesal introductorio.

Si partimos de la base de que los actos administrativos expedidos por los concejos municipales son un desarrollo secundario de la Constitución, ya que su fuente inmediata es la ley, tendremos que llegar a la conclusión de que no es necesario que su encabezamiento esté precedido de la invocación de las normas legales que

le dan competencia, pues al tenor de la presunción de derecho contenida en el artículo 9o. del Código Civil, la ley es de conocimiento general.

Si lo anterior no fuere aceptado, considérese, entonces, que por el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990 se convalidó el acto acusado.

Se propusieron como excepciones la de ineptitud de la demanda por incompleta proposición jurídica, aduciendo que no se demandó el Acto Legislativo No. 5 de 1954, el Decreto ley 1816 de 1955, el Acuerdo 58 de 1955 y el Decreto con fuerza de Acuerdo 375 de 1955 del Alcalde de Medellín, normas con cuyo concurso surgió a la vida jurídica la Auditoría de las Empresas Públicas de dicha ciudad.

Y la de "falta de presupuestos jurídicos para que prospere la anulación", como se demuestra en la contestación de la demanda.

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 11 de diciembre de 1989 (fl. 72 del Cdno. No. 1) se admitió la demanda.

Por auto de 26 de junio de 1990 (fls. 148 del Cdno. No. 1) abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por el actor y las partes intervinientes.

Mediante proveído de 23 de octubre de 1990 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 163 del Cdno. No. 1), derecho del cual hicieron uso las partes y uno de los intervinientes impugnadores (fls. 164 a 192 del Cdno No. 1).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 203 a 238 del Cdno. No. 1):

Con relación a la excepción de "falta de presupuestos jurídicos para que prospere la anulación", no es cabalmente una excepción, sino la anticipada conclusión de un criterio que se tiene en torno al asunto cuestionado.

En cuanto a la llamada excepción de "proposición jurídica incompleta", no es posible hacer un pronunciamiento anticipado, pues el punto reviste tal importancia que constituye aspecto central del debate. De allí que deba definirse si el Decreto especial 1816 de julio de 1955 está o no vigente, pues el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990, modificatorio del artículo 93-2 del Código de Régimen Municipal, condiciona la atribución de los Concejos Municipales para elegir "...Auditores y Re-

visores de las en entidades descentralizadas..." a que haya disposición vigente que lo autorice.

El actor sostiene que el Acuerdo 29 de 1970 es la única normatividad que sirve de fundamento jurídico a la figura de la Auditoría de las Empresas Públicas de Medellín y el Concejo de Medellín para hacer la designación del Auditor. Los opositores a su turno advierten que el soporte del organismo de control y de la facultad nominadora del Concejo radica en el Decreto 1816 de 1955 y en los actos administrativos que desarrollaron ese mandado —Acuerdo 58 de 1955 derogado por el Acuerdo 29 de 1970—. Así las cosas, la impugnación debió abarcar todos y cada uno de esos ordenamientos, pues, mientras la Corte Suprema de Justicia no declare inexequible el Decreto 1816 de 1955, no podrá válidamente sostenerse que este estatuto legal perdió vigencia.

Afirma el Tribunal que la cuestión no es tan simple. La desaparición de una norma jurídica puede tener diferentes causas: a) El ejercicio del control de constitucionalidad. b) La insubsistencia de la misma. c) El agotamiento de sus efectos. d) La expedición de una ley contraria o su expresa derogatoria.

Dilucidar cuál de estos fenómenos afectó al Decreto especial 1816 de 1955, implica remontarse a la historia de su génesis.

Por medio del Decreto 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y el estado de sitio en todo el territorio nacional.

Como una de las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente —ANAC— aparece el Acto Legislativo 1816 de 1954. En desarrollo de su texto, el Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1816 del 1o. de julio de 1955, mediante el cual autoriza al municipio de Medellín para organizar uno o varios de los servicios municipales de dicha ciudad, aislada o conjuntamente, como entidades administrativamente autónomas, que poseen personería jurídica independiente y patrimonio propio.

En ejercicio de la autorización anterior debía sujetarse a las siguientes bases: 1o.... 11o. La empresa o empresas que se organicen tendrán un Auditor, con su respectivo suplente, designado por el Concejo Administrativo de Medellín, de una lista de 6 personas elaborada por el Gobernador del Departamento.

Este Concejo, en ejercicio de dicha facultad, dictó el Acuerdo 58 de agosto de 1955, que se ocupó de "Organizar un Establecimiento Público autónomo encargado de la dirección, administración, y prestación de los servicios municipales de Energía Eléctrica, Teléfonos, Acueducto y Alcantarillado".

"El establecimiento así organizado será una persona jurídica de Derecho Público dotado de autonomía y patrimonio propio" —art. 2o. y que además "...tendrá un auditor con su respectivo suplente, designado por el Concejo de Medellín para un periodo de dos años ..." art.21.

El Alcalde de Medellín, quien dijo ejercer atribuciones legales y en especial las conferidas por el artículo 30 del Acuerdo 58 de 1955, expidió el Decreto Munici-

pal número 375 de 18 de noviembre de 1955 que corresponde a los estatutos del Establecimiento Público Autónomo "EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN".

Frente a este desarrollo legal cumplido, el Tribunal se pregunta: serán estas las únicas disposiciones vigentes que sirven de pilote jurídico a la Auditoría Fiscal de las Empresas Públicas Municipales de Medellín y a la figura del Auditor como lo afirma el actor? Estará aún vigente el Decreto 1816 de 1955?

El *a quo* se responde: Mediante la Reforma Plebiscitaria de 1957 se restableció el orden público al señalar que "el período de Congreso se iniciará el 20 de julio de 1958, y los de las Asambleas y los Concejos cuando lo determine el Congreso" (art. 1o., inciso 2o.).

Hubo necesidad entonces de prorrogar la vigencia de los decretos del estado de sitio para que todo el andamiaje jurídico de esa época no cayera por tierra. Al efecto se expidió la Ley 2a. de 1958, cuyo texto dice: "con el fin de que el Gobierno pueda declarar restablecido el orden público, tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949, para cuya expedición se haya invocado el artículo 121 de la Constitución Nacional y que no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

Vino luego la Ley 141 de 1961 que en su artículo 1o. dispuso:"Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

La expedición del Decreto 1816 de 1955 se hizo por "El Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades legales, en especial de las que le confiere el Acto Legislativo número 5 de 1954".

La conclusión es obvia, si el D.L. 1816 de 1955 no fue adoptado como legislación permanente por la Ley 2a. de 1958 o la Ley 141 de 1961, la vigencia de sus normas debe razonablemente explicarse a la luz de otra tesis.

Como el Acto Legislativo No.5 de 1954 fue derogado expresamente por voluntad del constituyente primario al disponer la reforma plebiscitaria de 1957 que "La Constitución Política de Colombia es la de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el Actò Legislativo No. 1 de 1947...", necesariamente surge la pregunta: Cuál era la situación jurídica del Decreto 1816 de 1955?

Al quedar el A.L. No. 5 de 1954, el Decreto 1816 de 1955 que se apoyó en él, desapareció de la escena jurídica por fuerza de la misma derogatoria. Significa que las leyes dictadas con invocación de sus normas perdieron vigencia, de conformidad con el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 en concordancia con el artículo 3o. ibidem.

Pero lo que motivó esencialmente la controversia es si el acuerdo gestor del establecimiento podía crear la Auditoría Fiscal, con independencia de la Contraloría Municipal y conferir al Concejo la facultad de elegir al Auditor.

Los artículos pertinentes del Acuerdo 58 de 1955, prescribían:

> "Artículo 21. El establecimiento tendrá un Auditor con su respectivo suplente, designado por el Concejo de Medellín para un período de dos años, de una lista de seis personas elaborada por el Gobernador del Departamento. El suplente reemplazará al Auditor en sus faltas absolutas, accidentales o temporales.
>
> "El cargo de Auditor es incompatible con cualquier otro empleado del Establecimiento.
>
> "Los estatutos reglamentarán.....
>
> "El Auditor puede ser reelegido y podrá removerse por las causales que establezcan los estatutos correspondiendo la remoción al Concejo Administrativo. El Auditor tendrá la remuneración que señale la Junta Directiva la cual no podrá ser en ningún caso inferior a la mitad de la que se señale al Gerente".
>
> "Artículo 22. El Auditor tendrá los empleados subalternos que sean necesarios para el desempeño de sus funciones,los cuales serán de su libre nombramiento y remoción. Corresponde al Auditor la creación de los cargos de su dependencia y el señalamiento de sus respectivas asignaciones, pero la Junta Directiva, puede vetar en forma fundamentada esos actos cuando considere que son innecesarios inconvenientes o dispendiosos, caso en el cual la diferencia será dirimida con carácter obligatorio por la Comisión de la Mesa del Concejo de Medellín".

El Acuerdo 29 de 1970, en su artículo 9o., derogó entre otros, el artículo 21 del Acuerdo 58 de 1955 y en su artículo 6o. dispuso:

> "Las Empresas Públicas de Medellín tendrán un Auditor con su respectivo suplente, designado por el Concejo Municipal para un período de dos (2) años, contados a partir del primero (1o.) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971). El suplente reemplazará al Auditor en sus faltas absolutas, accidentales o temporales.

Transcribe igualmente el Tribunal, a continuación, el resto de las disposiciones acusadas, para colegir que la transcripción de los artículos relacionados con el control fiscal de uno y otro Acuerdo enseñan que el artículo 21 del Acuerdo 58 de 1955 no fue ciertamente derogado por el artículo 6o. del Acuerdo 29 de 1979, pues la regla del último Acuerdo o crea "nuevamente la Auditoría" como lo asegura el demandante. Lo que hizo fue regular íntegramente el tema de la auditoría fiscal de las Empresas Públicas de Medellín, por lo que la derogatoria comprendió la frase del artículo 21 "...de una lista de seis personas elaborada por el Gobernador del Departamento...".

Creada la Auditoría Fiscal de las Empresas Públicas de Medellín bien por el Acuerdo No. 58 de 1955, o bien por el Acuerdo 29 de 1970, como lo entendió el actor, resulta de imperiosa necesidad dilucidar si el Concejo de Medellín tenía la facultad para proveer sobre la Auditoría y la elección del Auditor, cuando de an-

temano se sabe que para las fechas de uno y otro Acuerdo existía en Medellín Contraloría Municipal.

Manifiesta el a quo que al respecto resulta bien ilustrativo el fallo del Consejo de Estado de 6 de septiembre de 1979, citado por el actor, en el cual se consigna que "...Así las cosas y como quiera que la Constitución no tenía ninguna norma relativa al control fiscal en la esfera municipal, debía entenderse que a partir de la vigencia de la referida Ley (se refiere a la 6a. de 1958), los Concejos Municipales, sin ninguna excepción, ni limitación podrá (sic) organizar el control fiscal en la esfera municipal.

"Esta situación se mantuvo hasta cuando entró en vigencia el A.L. de 1968 en cuyo artículo 59, que corresponde al 190 de la Codificación actual dispuso lo siguiente: '...la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales'".

El artículo 304 del Decreto 1333 de 1986, repitió la previsión Constitucional referida. Y, además, el artículo 307 ibidem, antes que reñir con el texto del artículo 190 de la anterior Constitución lo desarrolla y armoniza, resultando a la postre ajustado a la preceptiva del artículo 272 de la nueva Carta.

De las precedentes normas se desprende con claridad que "...las Contralorías Municipales, a través de su Contralor elegido para un período de dos años y con los requisitos de que da cuenta el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede existir entonces un Auditor fiscal paralelo y autónomo en estas últimas...".

Esta figura ciertamente no ha logrado espacio en la ley pese a las previsiones del artículo 2o. de la Ley 53 de 1990. Entender que ésta autorizó la creación de organismos de control fiscal diferentes de las Contralorías Municipales para las entidades descentralizadas de tal orden, más concretamente de establecimientos públicos, es cuestión que riñe con el claro mandato tanto de la anterior como de la actual Constitución.

La ley 53 de 1990 expresa que los Concejos Municipales pueden elegir "Auditores" de entidades descentralizadas cuando las dispocisiones vigentes así lo autoricen, circunstancia ésta última que no se da en el presente caso como ya ha quedado explicado.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente, que lo fue el interviniente impugnante Gustavo Bustamante Moratto, fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 244 a 250 del Cdno. No. 1 y 11 a 25):

Se hace menester en primer término señalar que la Ley 11 y el Decreto 1333 de 1986 hacen referencia así sea de manera imprecisa a los Auditores y Revisores; imprecisión que fue aclarada con el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990 al establecer como atribución legal de los Concejos, la siguiente: "Elegir Personeros, Contralores, Secretarios de Concejos y Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen", de lo cual resulta claro que la "disposición vigente" es la proveniente del Concejo de la respectiva municipalidad, por cuanto la Ley así lo dispuso.

En el supuesto caso de que el Decreto 1816 no tenga ninguna fuerza normativa, habría que llegar a la conclusión de que los Acuerdos que organizaron la Auditoría en las Empresas Públicas de Medellín estuvieron viciados de nulidad por incompetencia, pero la misma, al ser otorgada por la citada Ley, genera su convalidación, tal y como ha entendido este fenómeno jurídico la jurisprudencia y la doctrina.

De otra parte, señala el recurrente, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que las meras referencias sobre Auditorías y Revisorías que hacía el Decreto 1333 de 1986 no eran suficientes, sino que se requería de norma expresa que así lo dispusiera para que el Concejo pudiera ejercer la competencia constitucional de nombrar los demás funcionarios por ley determinados, en este evento Auditores y Revisores de entidades descentralizadas, razón por la cual es pertinente la aplicación del artículo 1o. de la Ley 53 de 1990. Esto sin perjuicio de la vigencia de que goza el Decreto 1816 de 1955 por cuanto no ha sido declarado inexequible ni derogado expresa o tácitamente por el organismo a quien se confió la guarda de la Constitución y porque no es contrario a los preceptos constitucionales que le fueron posteriores, pues éstos no hacen referencia al control fiscal de las entidades descentralizadas departamentales y municipales, como sí lo hace el Código de Régimen Municipal.

Tampoco puede admitirse que todas las leyes dictadas bajo el imperio de la anterior Carta hayan sido derogadas. Sólo aquellas que son claramente contrarias a la letra o el espíritu de las nuevas normas constitucionales se desecharán como Insubsistentes. Y el Decreto 1816 no lo es.

En el alegato de conclusión se introducen nuevos motivos de inconformidad con la sentencia no incluidos en la sustentación del recurso: el que desde la contestación de la demanda se ha denominado "proposición jurídica incompleta"; la inconsonancia entre la causa petendi y el fallo, y no tenerse en cuenta en éste el hecho extintivo del derecho sustancial en litigio que implica la derogatoria expresa de la reforma constitucional de 1968, con arreglo a lo preceptuado por el artículo 305 del C. de P. C., al quedar tal reforma derogada por el artículo 380 de la actual Carta Política.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora, en escrito que aparece a folios 253 a 255 del Cdno. No. 1 se opuso a las pretensiones del apelante, reiterando en breve resumen sus puntos de

vista expuestos en la demanda y aduciendo además que la figura de la Auditoría como en autónomo no está tipificada en la ley, no obstante lo previsto en el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación no rindió concepto en el trámite de la esta segunda instancia.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia central del recurso de apelación radica en dos aspectos que son los que *in extenso* trata el fallo apelado.

Por una parte, se arguye por el recurrente que no es cierto que el Decreto 1816 haya desaparecido del escenario jurídico puesto que no ha sido declarado inexequible ni derogado expresa o tácitamente por el organismo competente, ni es contrario a los preceptos constitucionales que le fueron posteriores, pues éstos no han referencia al control fiscal de las entidades descentralizadas departamentales y municipales.

Al referirse a este punto, relativo a la vigencia del mencionado decreto, el *a quo* luego de consignar que la desaparición de una norma jurídica puede tener diferentes causas, como lo son el ejercicio del control de constitucionalidad; la insubsistencia de la misma; el agotamiento de sus efectos, y la expedición de una ley contraria o su expresa derogatoria, estimó procedente indagar sobre la génesis del mencionado estatuto para determinar cuál de tales fenómenos habría afectado su desaparición, la que ha sido reseñada en este proveído, habiendo concluido que como el acto legislativo No. 5 de 1954, en el cual se fundó el Presidente de la República para expedir el Decreto 1816 de 1955, fue derogado expresamente por voluntad del constituyente primario al disponer la reforma plebiscitaria de 1957 que "La Constitución Política de Colombia es la de 1886 con las reformas de carácter permanente introducidas hasta el Acto Legislativo No. 1 de 1947...", necesariamente dicho decreto desapareció de la vida jurídica por fuerza de la señalada derogatoria, dejando así, sin posibilidades al legislador para crear establecimientos públicos autónomos encargados de la prestación de uno o más servicios, como decía el artículo 1o. del acto legislativo No. 5 de 1954.

Significa lo anterior, concluye el Tribunal, que las normas dictadas con invocación de sus disposiciones perdieron vigencia.

La Sala concuerda básicamente con las apreciaciones que el *a quo* ha elaborado con relación a este punto que constituye aspecto importante del debate, dada la relación existente entre el Acuerdo acusado con el Acuerdo 58 de 1955 y el Decreto Municipal 375 del mismo año, que corresponde a los Estatutos del Establecimiento Público Autónomo "Empresas Públicas de Medellín", estatutos estos dos últimos que invocaron como fundamento de su expedición el Decreto 1816 de

1955 y el Acto Legislativo número 5 de 1954, y teniendo en cuenta la forma como se planteó la demanda, su contestación y los argumentos de los impugnantes.

El otro punto de disentimiento del recurrente con el fallo del Tribunal se relaciona con lo que es realmente el aspecto medular de la controversia que es si el acto acusado podía o no crear la Auditoría Fiscal con independencia de la Contraloría Municipal y conferir al Concejo la facultad de elegir al Auditor. En otras palabras, si hubo o no violación del inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de 1886.

La Sala comparte los criterios expuestos por el Tribunal en la sentencia impugnada y estima que sus análisis y deducciones no han sido desvirtuadas por el apelante.

Consigna el *a quo* que cuando la Auditoría fue creada, bien por el Acuerdo 58 de 1955 como lo manifiestan los impugnantes de la demanda, o bien por el Acuerdo 29 de 1970, como lo entendió el actor, ya existía en Medellín la Contraloría Municipal, por lo que a ésta correspondía tanto la creación de la Auditoría de las Empresas Públicas de Medellín como la designación de su Auditor, afirmación para la cual invoca como respaldo una sentencia de esta Corporación del 6 de septiembre de 1979.

La Sala constata, en efecto, que dicha Contraloría fue creada por la Alcaldía de Medellín con la expedición del Decreto 359 de 9 de junio de 1950, cuya copia reposa a folios 150 a 151 del Cdno. No. 1.

Ciertamente, sobre este particular arroja suficiente luz la sentencia de esta Sección proferida en el expediente 3137, el 6 de septiembre de 1979 proceso en el cual fue demandante Gorgonio Palacios Cuesta y Consejero Ponente el doctor Carlos Galindo Pinilla, invocada también por el actor y traía a colación en la sentencia recurrida. Dice así en lo pertinente este fallo:

> "Solo a partir de la reforma de 1945, el control fiscal adquiere jerarquía constitucional cuando en los artículos 59 y 60 se ocupa la Carta de la Contraloría General de la República y en los artículos 187 (sic) se refiere a las Contralorías Departamentales. No se hizo mención en la Carta al Control Fiscal en la esfera municipal, pero se entendió que, como no existía prohibición constitucional, los Distritos podían crearlo y organizarlo, con las limitaciones que establecía la ley, en desarrollo de las atribuciones que la Constitución confería a los Concejos de ordenar lo conveniente para la administración local dentro de los marcos legales (Artículo 197 de la Constitución).
>
> "Desde la expedición de la Ley 72 de 1926 el legislador comenzó a ocuparse el control fiscal en el orden municipal al prescribir que el Concejo Municipal de Bogotá estaba facultado para dictar disposiciones de este carácter para el manejo, inversión, recaudo y rendición de cuentas sobre rentas y bienes del Distrito, así como para crear los organismos que ejercieran sus funciones.

"Por medio del artículo 19 de esta ley se hizo extensiva la regulación a las capitales de los Departamentos y las ciudades de cincuenta mil habitantes. Por medio de la ley 89 de 1936 se dispuso que podrían ejercer la misma facultad los municipios que sean capitales de los Departamentos y los demás con un presupuesto no inferior a $300.000.00. Posteriormente la ley 115 de 1948 extendió aún más la atribución hasta comprender a los municipios con un presupuesto de $200.000.00 o más.

"Las disposiciones precedentes fueron modificadas por el Decreto Legislativo número 1839 de 1956 mediante el cual se adoptaron normas para la unificación del control fiscal...".

"Se advierte con toda claridad una reacción contra el criterio anterior demasiado amplio y generoso, bien porque los límites de cuantía se hubieren tornado irrisorios o, quizás, porque los Concejos de poblaciones pequeñas se hubiesen excedido en el uso de esa facultad. Pero sea como fuere, es lo cierto que, por virtud del inciso 2o. del artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, se derogaron expresamente todas las disposiciones del Decreto Legislativo 1839 de 1956. Así las cosas y como quiera que la Constitución no tenía ninguna norma relativa al control fiscal en la esfera municipal, debía entenderse que a partir de la vigencia de la referida Ley, los Concejos Municipales, sin ninguna excepción, ni limitación podían organizar el control fiscal en la esfera municipal.

"Esta situación se mantuvo hasta cuando entró en vigencia el A.L. de 1968 en cuyo artículo 59, que corresponde al 190 de la Codificación actual dispuso lo siguiente: "...la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales...".

Por otra parte, el artículo 304 del Decreto Ley 1333 de 1986 reeditó la precedente previsión constitucional. Sin embargo, el recurrente insiste en la competencia del Concejo Municipal y en la legalidad del acto acusado aduciendo que si no se acepta la vigencia del Decreto 1816 de 1955, debe tenerse en cuenta que la alegada incompetencia del Concejo Municipal de Medellín quedó convalidada por el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990.

La Sala, en primer lugar, da respuesta a la primera parte de la objeción precedente del apelante, reiterando el criterio jurisprudencial sentado en un caso semejante en sentencia de esta misma Sección proferida el 14 de junio de 1989 en el expediente número 84, actor: Oscar J. Uribe Montoya, es decir, el mismo que ahora lo es en el presente proceso, Consejero Ponente: Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja, que en lo pertinente dice:

"Para la Sala, bajo ningún pretexto podría crear el Concejo Municipal de Medellín la auditoría de control especial para el Instituto de Valorización de esta capital fuera de la órbita de la Contraloría Municipal existente, entre otras consideraciones, porque esta misma Sala definió el punto recientemente, en un caso similar, en el cual se ventiló también en grado de apelación, un asunto relacionado con el Acuerdo Municipal expedido por

el Concejo de Pereira que creaba unos cargos en la Auditoría de Empresas Públicas de la Contraloría Municipal. Allí se dijo:

"'No le cabe duda alguna a la Sala que existiendo, como existe, una Contraloría Municipal en el Municipio de Pereira, no se puede crear paralelamente y mucho menos como funcionario independiente —Jefe de un Departamento— a un auditor Fiscal en empresas descentralizadas del mismo municipio. En efecto: Previene el artículo 190 de la Constitución Nacional en su inciso 2o. que "la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine al respecto a contralorías municipales'. A su vez el Título XIV del Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1986 repite en su artículo 3o. la previsión constitucional anterior. El artículo 307 del Decreto 1333 señala las funciones de los Contralores Municipales, así: "1a. Vigilar la gestión fiscal y financiera de la Administración Municipal y *de sus entidades descentralizadas* y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes municipales. 2a. Exigir informes a los empleados públicos municipales sobre su gestión fiscal y 3a. Revisar y fenecer las cuentas de los ingresos y gastos públicos, a fin de determinar si se han hecho de acuerdo con las disposiciones vigentes.

"'Es así entonces que las Contralorías Municipales a través de su Contralor elegido para un período de dos años, y con los requisitos de que da cuenta el artículo 306 del Decreto 1333 de 1986, son las únicas que pueden ejercer el control fiscal de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas. No puede existir entonces un Auditor fiscal paralelo y autónomo en estas últimas.

"'El punto sobre si el Concejo debe o no elegir a dicho Auditor debe resolverse negativamente y en esto concuerda esta Corporación como lo decidió al respecto el Tribunal. En efecto: 1. Entre las atribuciones Constitucionales de los Concejos está, según el artículo 197, facultad 6a. la de elegir Personeros y Contralores Municipales cuando las normas vigentes lo autoricen, y los demás funcionarios que la ley determine. (Acto Legislativo No. 1 de 1986) atribución que a su vez repite el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986. Es así entonces que ni la Constitución ni la Ley contemplan tal potestad en poder del Concejo respecto de los Auditores Fiscales.

"'La simple alusión o referencia que en la Ley 11 de 1986 (arts. 60 y 62) y el Decreto 1333 de 1986 (arts. 87 y 101) pudieran hacerse indirectamente a 'Auditores elegidos' bajo ningún respecto puede entenderse que consagran la facultad materia de controversia porque de todas maneras la misma debe consagrarse clara, expresamente y de manera indubitable" (Sentencia de 11 de febrero/89, ponente doctor Simón Rodríguez, expediente No. 870).

Se observa en el contexto de las disposiciones acusadas que ellas crean y organizan una Auditoría independiente de la Contraloría Municipal pero dependiente directamente del Concejo Municipal, lo cual transgrede el inciso 2o. del artículo

190 de la Constitución Nacional, cuya esencia se conserva en el artículo 272 de la Nueva Carta Política con la única variante de que el control fiscal debe ejercerse en forma posterior y selectiva sobre la administración municipal, anotándose que en ambas disposiciones debe entenderse que en esta expresión está incluida la gestión fiscal del municipio propiamente dicho como la de las correspondientes entidades descentralizadas municipales, con las restricciones que se puedan predicar respecto de las sociedades de economía mixta, según lo que se prescriba en su respectivo acto de creación y en sus estatutos, motivo por el cual la Sala reitera ahora los criterios del fallo citado, lo que la releva en este punto de extenderse en otras consideraciones en virtud de su claridad y precisión, como igualmente lo son los fundamentos de la sentencia ahora apelada.

Como en Medellín, pues, existía y existe, Contraloría Municipal, a este organismo correspondía y corresponde, conforme a todo lo expuesto, ejercer el control fiscal del municipio y sus entes descentralizados.

Respecto a que si se estima por la Sala que el Concejo Municipal de Medellín no tenía competencia para la expedición del acto acusado, debe tenerse en cuenta, entonces, que éste quedó convalidado en virtud de lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley 53 de 1990 que confiere a los Concejos Municipales la atribución de "Elegir... Auditores o Revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen", no es argumento de recibo toda vez que ello entrañaría dar efecto retroactivo a la mencionada disposición lo que choca abiertamente con el claro principio jurídico de la irretroactividad de las normas legales, en donde lo sugerido por el recurrente no cabe siquiera como excepción.

De otra parte, no habrá lugar a examinar la inconformidad consistente en la inconsonancia entre la causa petendi y el fallo, toda vez que no fue motivo sustentado en el recurso, y ni siquiera se hizo alusión en él. Aunque, de todas maneras, y a guisa de mero comentario, el argumento resulta absolutamente inconsistente como puede inferirse en una elemental confrontación entre el texto de la sentencia apelada y la causa petendi de la demanda.

Tampoco hay lugar a analizar el disentimiento relativo a la "Proposición Jurídica incompleta", ya que no fue, como el precedente, sustentado en el recurso. Empero, a ese respecto, la Sala se remite a las apreciaciones consignadas sobre dicho particular en la sentencia impugnada.

En relación con el hecho extintivo del derecho sustancial en litigio que se aduce como motivo de inconformidad con la sentencia impugnada, se examinará por ser ello procedente de acuerdo con el inciso final del artículo 305 del C. de P.C.

Se argumenta, en esencia, que al quedar derogada la reforma constitucional de 1968 por el artículo 380 de la actual Carta Política, desaparecieron los fundamentos fácticos de la demanda; y que a pesar de lo que dispone el último inciso del artículo 305 del C. de P.C. y la jurisprudencia, que al respecto señala "...Si en el momento de pronunciarse la decisión por la jurisdicción especial, el juzgador encuentra que la disposición que se estima quebrantada no tiene existencia jurídica

en razón de la declaratoria de inexequibilidad, la alegada defensa del orden jurídico carece de apoyo". (sentencia de 8 de marzo de 1961. Anales Tomo LXIII, Nos. 392 a 396, pag. 545), el fallador de primera instancia no le dio al hecho de la derogatoria expresa de la Reforma Constitucional de 1968 la consecuencia que aquella norma procesal y la jurisprudencia citada imponen.

Es cierto que entre los "HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION" invocados por el demandante en su libelo, algunos se relacionan con la reforma constitucional de 1968. Pero también lo es que en el capítulo referente a las normas violadas y concepto de la violación se señala infringido por el acto acusado, entre otros, el inciso segundo del artículo 190 de la anterior Constitución que correspondió al artículo 59 del Acto Legislativo No.1 de 1968, cuyo presunto quebranto se constituyó precisamente en el aspecto medular de la controversia, habiéndose concluido ésta, con justa razón, aduciendo su quebranto.

Ahora bien, es un hecho incontrovertible que la Constitución de 1991 derogó expresamente a través del artículo 380 de la Constitución de 1886 "con todas sus reformas". Pero también lo es, como atrás se dijo, que el inciso segundo del artículo 190 de la anterior Carta Política fue reproducido casi literalmente, sin variar su esencia, por el artículo 272 de la Constitución, por lo cual no puede reconocerse la razón al actor en este punto.

En consideración a estas reflexiones, la apelación, pues, no prospera, por lo que habrá de confirmarse el fallo impugnado.

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

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia apelada.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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 veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SUSTRACCION DE MATERIA-Inexistencia

Si bien es cierto la norma acusada pudo haber perdido vigencia en razón a que fue dictada para aplicar en las elecciones del 27 de octubre de 1991, la Sala procede a decidir de fondo, pues ha sido política tradicional y jurisprudencial reiterada de esta corporación hacerlo así a fin de hacer más nítida la acción de la justicia contencioso-administrativa frente a los actos a ella sometidos.

CAMPAÑA ELECTORAL-Financiación

Si bien es cierto que el artículo 109 de la Constitución Nacional, en su primer inciso, cuando se refiere a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, como acreedores de la contribución para la financiación de sus campañas electorales por parte del Estado, no alude a porcentaje alguno de votación, no lo es menos que, el Acto Constituyente No. 2 de 1991, en su artículo 18, contempla tal circunstancia como condición para que el Estado reconozca parte de los gastos (suma equivalente a 1/60 del salario mínimo legal por cada voto válido) en que incurran los aspirantes, partidos,movimientos o grupos para lo cual se remite a los porcentajes de votación establecidos en el artículo 6o. del Acto Constituyente No. 2o. de 1991, sin hacer distinción alguna entre partidos, movimientos o grupos políticos, por razón de su personería jurídica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. -Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2072. DECRETOS DEL GOBIERNO

Actores: *Israel Morales Portela y Víctor Velásquez Reyes.*

Le corresponde a la Sala dictar sentencia de única instancia dentro de la acción de nulidad interpuesta por los actores de la referencia contra la parte final del inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 2192 del 20 de septiembre de 1991 proferido por el señor Presidente de la República con la firma de los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público, "Por el cual se determina la forma y oportunidad del reconocimiento de los gastos relacionados con la financiación de las campañas electorales".

I. EL ACTO ACUSADO

Como ya se expresó es la parte final del inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 2192 del 20 de septiembre de 1991, que dice:

> "...siempre que hayan alcanzado la votación mínima de que trata el artículo 6o. del Acto Constituyente número 2 de 1991".

El Decreto en mención fue expedido por el Gobierno, "en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 18 del Acto Constituyente número 2 de 1991".

El inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 2192, donde se contiene la frase acusada, expresa:

> "El monto de la financiación de los gastos en que incurran los partidos, movimientos y aspirantes a Senado y Cámara de Representantes, con motivo de la campaña electoral de las elecciones a realizarse el 27 de octubre de 1991, será una suma equivalente a un ciento sesentavo (1/160) del salario mínimo legal mensual por cada voto válido depositado en favor de las listas de candidatos inscritos en forma legal, siempre que hayan alcanzado la votación mínima de que trata el artículo 6o. del Acto constituyente número 2 de 1991".

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Dentro de este epígrafe los actores se limitan a señalar como norma infringida la contenida en el inciso 1o. del artículo 109 de la Constitución Nacional, que dice:

> "El Estado contribuirá a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica".

Consideran los demandantes que el pretranscrito ordenamiento constitucional "no fija ninguna limitación o condición para que a los candidatos avalados por partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica, se les reconozca con destino a la financiación de campañas, el valor establecido por la Ley, sin tener en cuenta el número de votos obtenido o logrado".

Aducen los actores "que el Ejecutivo se excedió al limitar el reconocimiento para gastos de campaña a los candidatos por partidos y movimientos con Personería Jurídica, de un mínimo de votos y por tal razón es abiertamente contradictorio con lo que se dispuso en texto y espíritu del inciso 1o. del artículo 109 de la C.N., y además, se están conculcando unos derechos legítimos otorgados por la Constitución".

III. RAZONES DE LA DEFENSA

El Ministerio de Gobierno a través de apoderado se opone a las pretensiones de la demanda y defiende la legalidad de la norma acusada, con los siguientes y breves argumentos:

> "Recientemente la Corte Constitucional ha declarado que la presente Constitución y los demás actos promulgados por la Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno como lo expuso la misma Constitución en su Artículo Transitorio 59.
>
> "Sobrada razón le asiste al Honorable Magistrado doctor Yesid Rojas Serrano al manifestar su providencia del día 13 de agosto de 1992, al negar la suspensión provisional solicitada por los actores.
>
> "De lo hasta aquí tratado se colige, que mal podría la Sala entrar a suspender un acto para cuya acusada contradicción con la norma superior no aportó el demandante argumento alguno digno de análisis; contradicción que por lo demás, según lo dicho, no aparece "*prima facie*" como aquél lo afirma".

Durante el traslado para alegar, ni la parte actora, ni el Ministerio Público hicieron uso de ese derecho.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término es preciso anotar que si bien es cierto la norma acusada pudo haber perdido vigencia en razón a que fue dictada para aplicarla en las elecciones del 27 de octubre de 1991, la Sala procede a decidir en el fondo, pues ha sido política tradicional y jurisprudencia reiterada de esta Corporación hacerlo así a fin de hacer más nítida la acción de la justicia contencioso-administrativa frente a los actos a ella sometidos.

> "En estos casos debe quedar, además de una doctrina, el registro jurisdiccional de que los mismos se ciñeron a la Constitución o a la Ley o, al contrario, de que se apartaron de ellas. Esto dejará como factor positivo, el

antecedente que pueda impedir la repetición de esta clase de actuaciones y cierta crítica, así aparezca superflua, para quienes procedieron irregularmente. Todo lo anterior lleva a la Sala a decidir en el fondo el presente proceso". (Sentencia de 31 de enero de 1979. Anales del Consejo de Estado, Tomo XCVI, Nos. 461 y 462, pág. 211 y ss.).

Así también, en otra oportunidad dijo la Corporación en providencia cuyo ponente fue el Dr. Mora Osejo:

"...Si el acto fue derogado, dejó de regir o sus efectos se cumplieron, como entidad jurídica persiste y regula las situaciones producidas durante su vigencia, por lo que no puede sostenerse, jurídicamente, que no existe en tales hipótesis materia sobre la cual haya que pronunciar decisión de fondo..." (Diccionario Jurídico, Tomo VI, pág. 433).

El Decreto 2192 de 1991 de cuyo texto hace parte la frase acusada, fue dictado, como ya se expresó, por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades, que le confiere el artículo 18 del Acto Constituyente número 2 de junio 30 de 1991.

El artículo 18 de este Acto Constituyente, determina lo relacionado con la financiación de las campañas, en la siguiente forma:

"El Gobierno Nacional reconocerá por gastos en que incurran los aspirantes, partidos, movimientos, o grupos a Senado y Cámara con motivo de la Campaña electoral una suma equivalente a un ciento sesentavo (1/160) del salario mínimo legal mensual, por cada voto válido, depositado en favor de las listas de candidatos inscritos en forma legal, siempre que hayan alcanzado la votación mínima de que trata el artículo 6o. del presente Acto Constituyente.

"...

"...

"El Gobierno determinará la forma y oportunidad en que se entregarán los recursos de que trata el presente artículo".

Por su parte, el artículo 6o. del mismo Acto Constituyente, reglamenta las inscripciones de candidaturas, la modalidad de las cauciones y porcentajes de votación que deben obtener los candidatos para la efectividad de los depósitos y garantías.

Los porcentajes mínimos de votación establecidos en la precitada norma, en tratándose de elecciones de congresistas equivale al 10% del cociente electoral en la respectiva circunscripción y de gobernadores el 5% del total de votos válidos depositados en la circunscripción correspondiente.

No observa la Sala la pretendida transgresión del inciso 1o. del artículo 109 de la C.N., porque de las normas transcritas se deduce que el acto acusado no hace otra cosa que desarrollar, a fin de permitir su aplicación, lo dispuesto en el artículo 18 del Acto Constituyente No. 2 de 1991, el que de conformidad con lo reglado en

los artículos 2o. del Acto Constituyente No. 1 de mayo 9 de 1991 y transitorio 59 de la Carta Política, ni siquiera es susceptible de control jurisdiccional.

De otra parte, si bien es cierto que el artículo 109 de la C.N., en su primer inciso, cuando se refiere a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, como acreedores de la contribución para la financiación de sus campañas electorales por parte del Estado, no alude a porcentaje alguno de votación, no lo es menos que, como ya se expresó, el Acto Constituyente No. 2 de 1991, en su artículo 18, contempla tal circunstancia como condición para que el Estado reconozca parte de los gastos (suma equivalente a 1/160) del salario mínimo legal por cada voto válido) en que incurran los aspirantes, partidos, movimientos o grupos, para lo cual se remite a los porcentajes de votación establecidos en el artículo 6o. del Acto Constituyente No. 2 de 1991, sin hacer distinción alguna entre partidos, movimientos o grupos políticos, por razón de su personería jurídica.

De otra parte, hay que tener en cuenta que tanto la norma acusada como el Acto Constituyente en el cual se sustenta, se dictaron con motivo de la campaña electoral de las elecciones que se realizaron el 27 de octubre de 1991, ante la ausencia de normas constitucionales que rigieran la materia. Su carácter fue transitorio y su aplicación limitada a dicha oportunidad, mientras que la norma citada como violada (artículo 109 de la Constitución Nacional de 1991, promulgada el 7 de julio de ese mismo año), fue dictado con posterioridad, y es aplicable desde luego, para los comicios por celebrarse en el futuro. Esta circunstancia también impide hablar de violación de la norma constitucional vigente.

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

FALLA:

DENIEGASE la súplica de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 26 de noviembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ESTATUTO INTERNO/ESTATUTO BASICO/SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia

Los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, régimen este último al cual está sometida ECOSALUD S.A., deben ser aprobados por el Gobierno. En consecuencia, encontrando el decreto acusado su fundamento en la citada normal legal del Decreto 1050 de 1968, no es procedente su suspensión provisional por cuanto establecer si los estatutos en él contenidos constituyen los estatutos básicos o los estatutos internos, debe ser el producto del análisis más detallado propio de la sentencia de fondo y no del estudio provisional que caracteriza la medida de suspensión provisional.

Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo. -Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2162. Actor: *Olga Lucía Botero Toro*

La ciudadana Olga Lucía Botero Toro, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presenta demanda ante esta Corporación para que se declare la nulidad del Decreto No. 271 de enero 25 de 1991, "por el cual se aprueban los Estatutos de la Empresa Colombiana de Recursos para la salud —ECOSALUD S.A.", firmado por el Presidente de la República y el Ministro de Salud.

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.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda, la ciudadana accionante solicita se decrete la suspensión provisional del acto acusado, fundamentándose para ello en que éste infringe, de manera manifiesta, las normas que se indican a continuación, por las razones que se explican en cada caso:

1. El numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, pues "teniendo en cuenta que el artículo 76, numeral 10 de la Constitución Política de 1886, vigente cuando se expidió por el señor Presidente de la República el Decreto No. 271 de enero 25 de 1991, fue recogido, o corresponde al artículo 150, numeral 7 de la Constitución de 1991, se considera que éste fue violado por el mismo motivo, es decir, quien debía expedir los estatutos básicos de ECOSALUD S.A. era el Honorable Congreso de la República y no el Señor Presidente". Para sustentar este cargo, el solicitante cita apartes del fallo de abril 30 de 1992, dictado por esta Sección Primera, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, al decidir sobre la acción de nulidad contra el Decreto Reglamentario No. 1434 de julio 5 de 1990, referente a los estatutos de COLJUEGOS.

2. El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, "porque él (el Presidente de la República) no tenía la facultad para aprobar los Estatutos de ECOSALUD S.A. Igualmente se extralimitó en sus funciones por el mismo motivo".

3. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990, porque esta norma "no autorizó al señor Presidente de la República para la expedición de los Estatutos Básicos de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud ECOSALUD S.A., pero lo que es más grave, es que los estatutos están contenidos en la Escritura Pública 1408 de 1990, otorgada en la Notaría 28 de Bogotá y lo que se hizo por el Decreto fue aprobar tales Estatutos". Para resolver

SE CONSIDERA:

1. El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público, con participación como socios de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes.

2. El Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario No. 1434 de julio 5 de 1990, "Por el cual se desarrolla Ley 10 de 1990, Artículo 43". Este decreto contiene diversas normas referentes a la naturaleza, objeto, domicilio, actividad, dirección administración, patrimonio, régimen jurídico de los actos y contratos, y régimen de control de la sociedad de que trata la Ley 10 de 1990.

3. Mediante sentencia de abril 30 de 1992, producida dentro del expediente No. 1571, esta Sección Primera decretó la nulidad del Decreto 1434 del 5 de julio de

1990, con fundamento en el argumento central de que corresponde al Congreso expedir los estatutos básicos de las entidades descentralizadas.

4. Por escritura pública No. 1408 de diciembre 7 de 1990, de la Notaría 28 de Bogotá, la sociedad se transformó de limitada en anónima, bajo el nombre de Empresa Colombiana de Recursos para la Salud —ECOSALUD S.A.—.

5. Mediante el Decreto 271 de enero 25 de 1991, que es el acto acusado, el Presidente de la República aprobó los Estatutos de la empresa ECOSALUD S.A. dichos estatutos, según consta en el artículo 1o. del mismo decreto, fueron aprobados en la reunión extraordinaria de la Asamblea de Socios el día 21 de noviembre de 1990 (Acta No. 2 de la misma fecha). De acuerdo con lo expresado en el encabezamiento del mismo decreto, éste se expidió en uso de las facultades legales del Presidente de la República, "y en especial las conferidas por el artículo 52 de los estatutos internos de Ecosalud S.A, contenidos en la Escritura Pública No. 1408 de diciembre 7 de 1990 de la Notaría 28 del Círculo de Bogotá".

6. De conformidad con lo previsto en el artículo 26, literal b. del Decreto Ley 1050 de 1968, los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, régimen este último al cual está sometida ECOSALUD S.A., deben ser aprobados por el Gobierno. (art. 4o. del Decreto Ley 130 de 1976).

7. En consecuencia, encontrando el decreto acusado su fundamento en la citada norma legal del Decreto 1050 de 1968, no es procedente su suspensión provisional por cuanto establecer si los estatutos en él contenidos constituyen los estatutos básicos o los estatutos internos, debe ser el producto del análisis más detallado propio de la sentencia de fondo y no del estudio provisional que caracteriza la medida de suspensión provisional.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que el fallo de esta Sección Primera del 30 de abril de 1992, se fundamenta en la sentencia de la Corte suprema de Justicia del 20 de septiembre de 1973, este tema exige un análisis más detallado para dilucidar con mayor precisión de cuáles estatutos se trata en cada caso.

En efecto, como lo expresa el tratadista Jaime Vidal Perdomo.

> "En cuanto al tema de estatutos, que uso de moda una controvertida decisión de la Corte Suprema de Justicia, debe advertirse que existen tres clases: el estatuto básico de las entidades descentralizadas a que se refiere el ord. 10 art. 76 de la Constitución Nacional; el estatuto propio de cada entidad descentralizada y el estatuto de personal de la misma; contemplado este último con la descripción de sus elementos integrantes en el art. 38 del decreto 3130 de 1968.
>
> "El estatuto básico o "los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del Estado", es el conjunto de normas de régimen jurídico y administrativo comunes a todos los entes descentralizados; es algo similar al título 1o. del 2o. libro

del Código de Comercio aplicable a todos los tipos de sociedades; es un texto como el decreto 3130 de 1968 en que se plasman esos rasgos generales de la administración descentralizada nacional y que, por cierto, se denominó "estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional".

"Corresponde expedirlo al Congreso, pues es un gran campo de normatividad, de tanta enjundia jurídica como un Código, por lo tanto era apenas de lógica elemental que el constituyente de 1968 estableciera la competencia de la ley en la materia. Este concensado jurídico es diferente del estatuto de cada organismo en particular, que es el cuerpo donde, con base en la ley que crea cada ente, se desarrollan los principios de organización y funcionamiento de cada institución; esta acepción del término estatutos existe desde tiempo atrás. son, pues, los estatutos la expresión de la autonomía del ente pues ellos deben ser expedidos por sus juntas directivas y aprobados por el gobierno nacional (art. 26 del decreto 1050 de 1968). (Vidal Perdomo Jaime, Derecho Administrativo, pág. 98, Bogotá, Editorial Temis, 1987, 9a. edición).

Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que no puede predicarse desde ahora la violación manifiesta que exige el artículo 152 del C.C.A. para que prospere la solicitud de suspensión provisional respecto del decreto acusado frente a las normas citadas como presuntamente violadas, con mayor razón si se tienen en cuenta los siguientes aspectos adicionales:

Ni el numeral 7 del artículo 150 ni el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política del 1991 pueden haber sido violados por el decreto acusado, por la sencilla razón de que este último (de fecha 25 de enero de 1991) fue expedido con anterioridad al comienzo de la vigencia de la nueva Constitución.

De otra parte, tampoco puede afirmarse que el Decreto 271 de 1991 viole manifiestamente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, por cuanto éste último se limita a autorizar la constitución y organización de la sociedad de capital público que se tradujo en ECOSALUD S.A., sin que de su contenido pueda establecerse a quién corresponde la aprobación de los estatutos de la citada sociedad.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sección Primera

RESUELVE:

1. ADMITESE la demanda presentada por la ciudadana Olga Lucía Botero Toro.

En consecuencia, se dispone:

a) Tener como parte demandante a la citada ciudadana.

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Ministro de Salud.

c) Notifíquese personalmente esta decisión al señor Ministro de Salud, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

d) De conformidad con el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notifíquese personalmente la admisión de la demanda a la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

e) Fíjese 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) Solicítese al Ministerio de Salud, 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 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 ($2.000.00), en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

2. DENIEGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, salvo voto, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Augusto Hernández Becerra,* Conjuez

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/ESTATUTO BASICO/CONGRESO/COMPETENCIA/(Salvamento de Voto)

El contenido del Decreto refleja claramente que a través de él se señalan los estatutos básicos de la referida entidad pública, materia reservada a la reglamentación del Legislador, más no del Gobierno.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Ref.: Expediente No. 2162. Actor: *Olga Lucía Botero Toro*

Con todo respeto me separo del criterio mayoritario de la Sala consignado en el auto de 27 de Noviembre del presente año, por las siguientes razones:

A través del Decreto acusado se establecen reglas sobre el nombre, naturaleza jurídica, domicilio, duración, objeto social, dirección y administración, capital, acciones y patrimonio, balance y producto económico, régimen jurídico de los actos y contratos, sobre control fiscal, personal y la disolución y liquidación de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A.

El contenido del Decreto refleja claramente que a través del él se señalan los estatutos básicos de la referida entidad pública, materia reservada a la reglamentación del Legislador, mas no del Gobierno, por mandato del artículo 76 Ordinal 10o. de la Constitución de 1886 (que corresponde al artículo 150 numeral 7o. de la actual).

Esta Sección ha sostenido con ponencia del suscrito en sentencia del 1o. de Agosto de 1991, expediente número 297 —Actor Ricardo Antonio Godoy Suárez, lo siguiente:

> "...1o. Que la atribución de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos está radicada exclusivamente en el legislador, mientras que la de expedir los estatutos internos constituye una función netamente administrativa radicada en cabeza de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos.

"2. Según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, por estatuto básico de los establecimientos públicos, se entiende el conjunto de reglas que determinan su denominación, naturaleza jurídica, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio, los órganos a través de los cuales ejerce su objeto, forma de constituirlos y sus atribuciones, sus representantes legales, manera de designarlos, y régimen jurídico de sus actos.

"3. En cambio, por reglamentos internos deben entenderse las normas que, sujetas a los estatutos básicos, determinan su funcionamiento interno, o sea, la nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grados de dependencia de unos con otros, distribución de labores y demás disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas. Y como lo afirma la Corte en la sentencia aludida dichos estatutos en ningún caso han de contener reglas de creación, capacidad, representación, formación del patrimonio y atribuciones esenciales de ciertas entidades, que la Constitución tiene atribuidas con el nombre, varias veces mencionado de "estatutos básicos".

"Al analizar el Decreto acusado se observa que consta de siete capítulos, que versan:

"Capítulo I: Naturaleza jurídica, domicilio, objeto y funciones; Capítulo II: Organos de dirección, administración y control; Capítulo III: Patrimonio; Capítulo IV: Organización interna; Capítulo V: Régimen jurídico de los actos y contratos; Capítulo VI: Personal; y Capítulo VII: Disposiciones generales. Dado su contenido, se advierte que la materia tratada en ellos es propia de los estatutos básicos, es decir, se está invadiendo la órbita reservada por la Carta al legislador...".

Por lo anterior, estimo que ha debido accederse a la suspensión provisional de los efectos del Decreto demandado por infracción clara de la norma constitucional antes mencionada.

Fecha, ut, supra.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/ESTATUTO ORGANICO/ (Salvamento de Voto)

La expedición del estatuto orgánico correspondía, y sigue correspondiendo al Congreso de la República, entratándose de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, incluidas en estas las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas por tener el Estado un aporte de capital superior al 90%, y en manera alguna al propio ente administrativo, salvo que, se trate de sociedad de economía mixta con participación estatal minoritaria o con la participación de varias personas jurídicas de derecho público, caso en el cual se requiere de la autorización legislativa o de la Asamblea Departamental o del Concejo Municipal para que la Nación o entidad territorial respectiva entre a formar parte de la nueva persona que se va a crear, o para que una entidad descentralizada se asocie con otras personas jurídicas estatales o particulares para crear una nueva sociedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL *DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ*

Consejo de Estado. -Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera

Ref.: Expediente No. 2162.

Actor: *Olga Lucía Botero Toro*

Por las mismas consideraciones expuestas por el señor Consejero, doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, en su salvamento de voto, las cuales habían sido expresadas por esta Sección en sentencia de abril 30 del presente año, o sea, en síntesis, que la expedición del estatuto orgánico —que lo denominamos así para distinguirlo como se hace después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1973 en relación con el artículo 26, literal b) del decreto 1050 de 1968, del que se ha dado en denominar estatuto básico, o sea, ahora el contenido en el decreto ley 3130 de 1968 —correspondía, y sigue correspondiendo al Congreso de la Re-

pública, entratándose de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, incluidas en estas las sociedades de economía mixta con régimen de aquellas por tener el Estado un aporte de capital superior al 90%, y en manera alguna al propio ente administrativo, salvo que agregaría que se trate de sociedad de economía mixta con participación estatal minoritaria o con la participación de varias personas jurídicas de derecho público (Nación, Departamento, Municipio, establecimiento público o empresas), caso en el cual solo se requiere de la autorización legislativa o de la Asamblea Departamental o del Concejo Municipal para que la Nación o entidad territorial respectiva entre a formar parte de la nueva persona que se va a crear, o para que una entidad descentralizada se asocie con otras personas jurídicas estatales o particulares para crear una nueva sociedad, norma que, por lo demás, puede regular el ejercicio del poder o control de tutela del poder central sobre el ente descentralizada, a través de disposiciones como aquella, por ejemplo, que faculta u otorga competencia el Ejecutivo nacional, departamental o municipal para impartirle su aprobación a las reformas del contrato de sociedad o estatutos, fue por las que salvé el voto a la providencia dictado en el proceso de la referencia que denegó la suspensión provisional.

Atentamente,

Miguel González Rodriguez

Fecha Ut Supra.

ACCION DE NULIDAD-Improcedencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/LEGITIMACION POR ACTIVA**

Si bien es cierto que la ordenanza acusada por la materia de que trata; la creación del establecimiento público departamental, es un acto general y como tal susceptible de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad incoada por cualquier persona, también lo es que si se le formula como cargo único a dicha ordenanza la transgresión del artículo 58 de la Constitución Política, por cuanto se considera que a través de ella se expropió sin indemnización alguna a la entidad privada. Hospital San Juan de Dios de Armenia, al haberse dispuesto en el artículo 12 que "los bienes, muebles e inmuebles y materiales" de este último pasaban a formar parte del patrimonio del ente creado, tal tipo de censura solamente se puede plantear a través de la sección de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual debe ejercitarse por la persona que se crea lesionada en su derecho con tal regulación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente, *DR. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 2183. Recurso de apelación contra el auto de 3 de septiembre de 1992, del Tribunal Administrativo del Quindío. ACTOR: *JAIRO MARIO BAENA MEJIA*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el acto contra el auto de 3 de Septiembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, que inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

Jairo Mario Baena Mejía, en ejercicio de la acción de nulidad, acudió ante el Tribunal Administrativo del Quindío a presentar demanda tendiente a que se hicieran las siguientes declaraciones: 1a.) Que es nula la Ordenanza No. 007 de 10 de Diciembre de 1991 "POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA EL ESTABLECIMIENTO PUBLICO HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS", expedida por la Asamblea Departamental del Quindío; y 2a.) Que, en consecuencia, se restablezca al Hospital San Juan de Dios de Armenia, su condición de entidad de derecho privado que le fue modificada por el acto acusado.

Con el carácter de manifiesta, y para pedir también la suspensión provisional del acto acusado, se invoca la violación del artículo 58 de la Constitución de 1991, que se hace descansar así: que desde la fundación del Hospital San Juan de Dios de Armenia, en los años iniciales del presente siglo, el propósito de sus gestores fue mantenerlo como una entidad de derecho privado para el servicio de la comunidad y así se le organizó; que hasta la expedición de la Ordenanza acusada conservó la orientación de sus fundadores, es decir, su estructura de persona jurídica de derecho privado; y que al expedirse la Ordenanza la Asamblea Departamental expropió al departamento, sin indemnización de ninguna clase, la entidad privada que es el citado Hospital.

II. EL AUTO RECURRIDO

Para inadmitir la demanda por caducidad de la acción se razonó, en esencia, así:

1. El demandante si bien es cierto que en la parte introductoria de la demanda expresa que ejercita la acción de nulidad, también lo es que en el capítulo de las declaraciones, además de pedir la nulidad de la Ordenanza, solicita se restablezca al Hospital San Juan de Dios de Armenia su condición de entidad de derecho privado. De esto último se desprende que lo que pretendió ejercitar fue la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual el término de caducidad es el previsto en el inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A., para esta clase de acciones, que es de cuatro meses a partir del día siguiente de la publicación del acto.

2. Habiéndose publicado la Ordenanza acusada el 30 de Diciembre de 1991, para la fecha de presentación de la demanda: el 11 de Agosto de 1992, habían transcurrido más de siete meses y, en consecuencia, operado el fenómeno de la caducidad de la acción. Además de ello, la acción debió ejercerse por la persona que se sintió directamente lesionada en su derecho por conducto de apoderado.

3. Así el actor sólo hubiera pedido la nulidad del acto, como tal declaratoria implicaría automáticamente el restablecimiento del derecho para el Hospital, se hubiera adoptado la misma decisión.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor para impetrar la revocatoria del auto recurrido aduce lo siguiente:

1. No es nulidad con restablecimiento del derecho lo que pretende con su demanda, pues no es apoderado del Hospital San Juan de Dios de Armenia ni de su Sindicato. Si anota la consecuencia de la nulidad del acto administrativo demandado es porque el Tribunal así lo precisa en la parte motiva cuando dice la declaratoria de nulidad "implicaría automáticamente el restablecimiento del derecho para el Hospital".

2. Está haciendo uso de la acción pública de nulidad, como simple ciudadano, por ser el acto administrativo acusado transgresor de la norma superior.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La censura del actor se concreta a que, a su juicio, la acción por él ejercitada es la de nulidad y no la de nulidad y restablecimiento del derecho ya que obra como simple ciudadano.

Tal censura resulta para la Sala desprovista de sustento jurídico dado el contenido de la demanda, y en particular las pretensiones y fundamentos de derecho de la misma.

En efecto, si bien es cierto que la Ordenanza acusada por la materia de que trata: la creación del establecimiento público, Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios, es un acto de carácter general y como tal susceptible de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad incoada por cualquier persona, también lo es que si se le formula como cargo único a dicha Ordenanza la transgresión del artículo 58 de la Constitución Política, por cuanto se considera que a través de ella se expropió sin indemnización alguna a la entidad privada, Hospital San Juan de Dios de Armenia, al haberse dispuesto en el artículo 12 que "los bienes, muebles e inmuebles y materiales" de este último pasaban a formar parte del patrimonio del ente creado, tal tipo de censura solamente se puede plantear a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual debe ejercitarse por la persona que se crea lesionada en su derecho con tal regulación, que lo es, en el caso *sub-exámine*, la expresada entidad privada.

El análisis precedente pone en evidencia que el actor carecía de interés legítimo para accionar y por esta razón resulta ajustado a derecho el rechazo de la demanda que hizo el Tribunal a quo en el auto recurrido y amerita que se le confirme en esta instancia.

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

RESUELVE:

Se confirma el auto inadmisorio de la demanda apelado.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día veintiséis (26) de Noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Improcedencia/**TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO/INTERPRETACION PREJUDICIAL/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA**

Ninguna norma positiva de derecho expedida por el Congreso, ha radicado en esta jurisdicción especial, concretamente en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, máximo organismo de aquella, la competencia para conocer de la denominada "acción de incumplimiento" que se endereza contra el Estado Colombiano o la Nación, por la circunstancia de que un Juez de la República, haya dejado de solicitar del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, antes de dictar su sentencia no susceptible de recursos, la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que deban aplicarse en determinado proceso, ni mucho menos le ha otorgado la facultad de imponerle al Presidente de la República de Colombia o a determinado juez o tribunal una obligación de la naturaleza de la demanda, por lo demás, no se está en presencia de una controversia o litigio administrativo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., Diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref.: Expediente No. 2219. Acción contra el Estado colombiano por incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la aplicación de normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Actor: Sociedad "*BANANA REPUBLIC INC.*".

La sociedad "BANANA REPUBLIC INC.", con domicilio en San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, por conducto de su apoderado, en ejercicio de la acción "establecida en el artículo XXVII del Tratado aprobado por la Ley 17 de 1980", presenta demanda contra el Estado Colombiano en su calidad de País Miembro del Acuerdo de Cartagena, por haber incumplido el Tri-

bunal Superior de Bogotá, en el proceso promovido por ella ante la jurisdicción ordinaria contra la sociedad "FABRICA SLACONIA LIMITADA", la obligación de solicitar del Tribunal Andino de Justicia la interpretación prejudicial de las normas del derecho comunitario andino sobre propiedad industrial, a la cual se refiere el artículo XXIX, inciso 2o. del Tratado, solicitando al efecto de esta Corporación que:

a) Se declare que la República de Colombia por intermedio del Tribunal Superior de Bogotá ha incumplido el art. XXIX, inciso 2o. del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

b) Que en consecuencia, se declare que la República de Colombia por intermedio del Tribunal Superior de Bogotá, ha afectado los derechos de BANANA REPUBLIC INC., en el proceso en el cual se presentó el incumplimiento que motiva esta demanda, causándole grave perjuicio al omitir la garantía del debido proceso; y c) Que la República de Colombia está obligada, por intermedio del Tribunal Superior de Bogotá, a cumplir con lo establecido en el inciso 2o. del artículo XXIX del Tratado.

PARA RESOLVER, *SE CONSIDERA*:

1o. Por la Ley 17 de 1980, se aprobó el "Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" firmado en dicha ciudad el 28 de mayo de 1979, Tratado por cuyo artículo XXIX se dispuso:

> "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.
>
> "Si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal de oficio, en todo caso, o a petición de parte si la considera procedente".

2o. Por su parte, el artículo XXVII ib. establece que:

> "Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5 del presente Tratado, en caso de que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento".

3o. El artículo V o 5 de dicho Tratado, preceptúa:

> "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...".

4o. Como se ha visto, en el presente caso la accionante, con fundamento en las normas pretranscritas, pretende que el juez contencioso administrativo declare que la República de Colombia, por intermedio de un tribunal de justicia integrante de la denominada jurisdicción ordinaria, incumplió una obligación contraída por el país en un Tratado aprobado por ley de la República; que con ello se le causó un grave perjuicio; y, que se obligue a dicho Tribunal a cumplir la disposición del derecho comunitario.

5o. La acción propuesta deberá rechazarse, por cuanto:

a) Ninguna norma positiva de derecho expedida por el Congreso de la República de Colombia, ha radicado en esta jurisdicción especial, concretamente en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, máximo organismo de aquella, la competencia para conocer la denominada "acción de incumplimiento" que se endereza contra el Estado Colombiano o la Nación, por la circunstancia de que un juez de la República, como lo es el Tribunal Superior del D.J. de Bogotá, haya dejado de solicitar del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, antes de dictar su sentencia no susceptible de recursos, la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que deban aplicarse en determinado proceso, ni mucho menos le ha otorgado la facultad de imponerle al Presidente de la República de Colombia o a determinado juez o tribunal una obligación de la naturaleza de la demandada.

b) A la misma conclusión cabría llegar en el evento de que se partiese de la premisa de que la actual Constitución Política de Colombia, en su artículo 87, consagró —para así darle cumplimiento a compromisos o tratados internacionales como el acá invocado— la acción judicial para "hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo", caso en el cual, de prosperar aquella, la "sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido", pues es indubitable que se requiere la ley que la reglamente, y a través de la que, entonces, establecerá o fijará la competencia o competencias correspondientes, los procedimientos, etc.

c) Por lo demás, esta jurisdicción especial, hasta ahora, está consagrada para conocer de las contenciones que se originen en relación con los actos, hechos, omisiones y contratos administrativos, y, en general, con toda contención de naturaleza administrativa, para la cual no exista regla especial de competencia (arts. 82 y 128, numeral 16, del C.C.A.), y claro e indubitable es que, en este caso, no se está en presencia de una controversia o litigio *administrativo* originado en una actividad de entidad pública o de una persona de derecho privado que ejerza función administrativa, sino, por el contrario, en una actividad jurisdiccional de un órgano de la justicia ordinaria en donde se discutían eventuales derechos de particulares.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria,

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* LA demanda promovida por la sociedad "BANANA REPUBLIC INC.", por conducto de apoderado especial, a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Reconócese al abogado GERMAN CAVELIER GAVIRIA, como apoderado de la accionante, en los términos del poder presentado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase la documentación al interesado sin necesidad de desglose, y cúmplase.

Miguel Gonzales Rodriguez, Consejero de Estado

REGISTRO DE MARCA/ACTO DE TRAMITE

Los actos demandados son de trámite, que no ponen fin a la actuación administrativa adelantada ante la Superintendencia de Industria y Comercio sino que, por el contrario, solo hacen posible su continuación, la cual habrá de culminar con el acto principal que disponga el registro de la marca solicitada. El primero de los actos demandados se limita, en lo principal, a declarar infundada la oposición formulada al registro de la marca y a ordenar la continuación de la actuación administrativa, lo que indica que mediante dicho acto no se dispone el registro de la marca, el cual solo podrá ser el producto de una decisión expresa de la administración, decisión ésta que al tenor de lo dispuesto por el artículo 596 C. de Co. constituye el objeto propio y único de la acción contencioso administrativa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1591. Actor: *Sociedad Detergentes S.A.*

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 Detergentes S.A. contra los actos que enseguida se citan, expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y su División de Propiedad Industrial.

I. ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La Sociedad Detergentes S.A., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 1761 de 15 de diciembre de 1988, dictada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se declaró infundada la oposición presentada por Detergentes S.A. contra la solicitud de registro de la marca "POP" etiqueta para distinguir productos comprendidos en la Clase 3a. del Decreto 755 de 1972.

2. Auto No. 26 de 23 de mayo de 1990, dictado por la Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual se rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por Detergentes S.A. contra la Resolución de que se da cuenta en el numeral anterior.

Así mismo, solicita que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se declare "...fundada la oposición presentada por Detergentes S.A. con fundamento en la marca TOP contra la solicitud de registro de POP etiqueta pretendida por Populares Ltda. en el expediente 171.866...". (fls. 69 y 70 Cdno. No. 1).

b. Los hechos de la demanda

Los hechos que la demanda cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 70 a 73 *ibídem*):

1. La Empresa Populares Ltda. presentó ante la División de Propiedad Industrial el día 7 de febrero de 1978 una solicitud de registro de la marca POP etiqueta, para amparar productos de la clase 3a. del Decreto 755 de 1972. Dicha solicitud fue aceptada mediante providencia de 18 de septiembre de 1978 y se ordenó la publicación del extracto en la Gaceta de Propiedad Industrial.

2. Oportunamente la demandante formuló oposición contra el registro de la referida marca POP, fundándose para ello en la existencia en su favor de seis (6) registros de la marca TOP para distinguir productos comprendidos en la clase 3a. del Decreto 755 de 1972 y, adicionalmente, en que esta última marca es notoriamente conocida en Colombia "...para amparar productos de la mencionada clase y más concretamente detergentes".

3. Cumplido el respectivo trámite, la División de Propiedad Industrial expidió el primero de los actos acusados, mediante el cual se declaró infundada dicha oposición.

4. Interpuesto como fue recurso de apelación contra el acto de que se da cuenta en el literal anterior, en el que se manifestó la inconformidad de la demandante con la decisión adoptada, debido a la evidente similitud y posibilidad de confusión

entre el término POP y la marca TOP, éste fue rechazado por improcedente por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante providencia No. 26 de mayo 23 de 1990, que constituye el segundo de los actos acusados, con el curioso argumento de que en el escrito de interposición no se indicó la dirección del apoderado de Detergentes S.A.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 58, literales f) y g) y 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por las razones que se resumen a continuación, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión (fls. 73 a 77 y 221 a 225 Cdno. No. 1):

Primer cargo. Violación de los artículos 58 literal f) y 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación nacional mediante Decreto 1190 de 1978, pues Detergentes S.A., como titular de los registros previos para la marca TOP tiene el derecho exclusivo sobre la misma, cuya protección normativa conlleva la prohibición de registrar marcas que sean confundibles con otras ya registradas para productos de una misma clase.

Con posterioridad al registro de la marca TOP, la firma Populares S.A. pretende registrar la marca POP que, sin duda alguna, tiene la capacidad de confusión con TOP, dada la evidente similitud visual y fonética entre una y otra, que obedece a la reproducción casi total de los elementos principales de esta última, como quiera que "...a la letra P inicial de POP se le puede dar una similar configuración a la letra T inicial de TOP y la pronunciación de una y otra marca es casi idéntica...". Esta similitud genera confusión debido al impacto visual que produce, lo que implica, a su vez, que el público consumidor se confunda entre una y otra marca, que es precisamente lo que la ley busca evitar.

Segundo cargo. Violación del artículo 58 literal g) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pues al expedirse los actos demandados no se tuvo en cuenta que esta norma prohibe registrar marcas que sean similarmente confundibles con otras notoriamente conocidas y registradas para amparar productos de una misma clase marcaria. En efecto, la marca TOP "...es ampliamente conocida para distinguir productos de la clase 3 (entre otros detergentes). La fama e importancia de la marca TOP surge dado el amplio conocimiento que de la misma tiene el público consumidor, pues el detergente que se distingue con la marca TOP lleva muchos años en el mercado y el producto que lleva la marca TOP ha sido ampliamente promovido a través de diferentes medios de publicidad como es el caso de la televisión, la radio y la prensa".

D. Las razones de la defensa

A pesar de haber sido debidamente notificados de la demanda, ni la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio, ni la Sociedad Populares Ltda. comparecieron al proceso (fls. 95 y 108 Cdno. No. 1).

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 observaciones:

Mediante auto de 7 de noviembre de 1990 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 90 a 94 ibidem).

Mediante proveído de 19 de abril de 1991 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por la parte actora (fl. 164 ibidem).

Por auto de 16 de agosto de 1991 se ordenó someter el caso planteado en la demanda a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, para lo cual se dispuso agregar como anexo a la correspondiente solicitud, copia del expediente administrativo, de los actos demandados y de la demanda (fls. 204 y 205 *ibídem*). Dicha interpretación fue evacuada mediante sentencia proferida por el Tribunal de Justicia el 20 de noviembre de 1991, la cual obra a folios 210 a 217 del Cdno No. 1.

Dentro del término para alegar de conclusión, tan solo hizo uso de este derecho la parte actora.

II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera que se debe acceder a las pretensiones formuladas en la demanda, por las razones que se resumen a continuación (fls. 229 a 232):

Lo primero que llama la atención es el hecho de que los funcionarios de la entidad demandada rechazaron el recurso de apelación argumentando que el apoderado de la recurrente omitió citar su dirección en el escrito que lo contenía, olvidando que quien recurría la providencia era la Sociedad Detergentes S.A., bien conocida en el trámite de la oposición, y no su apoderado. Lo segundo que sorprende es que en el siguiente folio del expediente administrativo aparece una comunicación dirigida a la dirección del recurrente para pedirle se acerque a la entidad a notificarse de tan "singular decisión".

De acuerdo con las disposiciones cuya violación se predica, con los planteamientos de la demanda y con las pruebas aportadas y producidas durante el proceso, se deduce que el punto central del debate se sitúa en la "...confrontación entre

las marcas POP y TOP para determinar 'el riesgo de confusión' entre ellas, en los términos del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena".

Conocida como es la clasificación tradicional de las marcas en denominativas gráficas y mixtas, es indudable que la marca POP se sitúa dentro de estas últimas "...en las cuales prevalece el elemento denominativo (palabras) sobre el elemento gráfico (imágenes)...", de lo cual resulta que seguramente el público consumidor tendrá más en cuenta la palabra POP que las imágenes que encuentre en la etiqueta del producto que va a consumir.

De la observación y análisis de las piezas procesales y de las pautas indicadas por los expertos se concluye que "...sí es alto el riesgo de confusión que genera para el público consumidor la existencia en el mercado de los detergentes TOP y POP".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a avocar el estudio de los cargos formulados en la demanda, la Sala encuentra que es necesario establecer si los actos cuya declaratoria de nulidad se solicita son definitivos o, siendo de trámite, ponen fin a la actuación administrativa, de tal manera que hagan imposible su continuación y sean susceptibles de control jurisdiccional.

Como se reseñó al inicio de esta providencia, mediante el primero de los actos acusados, la Resolución No. 01761 de 15 de diciembre de 1988, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio adoptó las siguientes determinaciones: declaró infundada la marca POP, solicitada por la empresa Populares Ltda. (art. 1o.); indicó que contra esta decisión procedían los recursos de reposición y apelación (art. 2o.), y dispuso que una vez ejecutoriada dicha providencia "...vuelvan las presentes diligencias al Despacho de Marcas para continuar con el trámite respectivo" (art. 3o.).

El segundo de los actos demandados, el auto No. 26 de 23 de mayo de 1990, dispuso sobre el reconocimiento de personería al apoderado de la Sociedad Detergentes S.A. (1o.); rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución que declaró infundada la oposición al registro de la marca POP etiqueta (2o); indicó la no procedencia de recursos contra el mismo (3o.) y dispuso la devolución de las diligencias a la Oficina de origen "...para lo de su cargo" (4o.).

El artículo 67 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en concordancia con el artículo 591 del Código de Comercio, disponen que si no se presentaren oposiciones al registro de una marca o estas fueren negadas, se procederá a su registro, para lo cual se expedirá el certificado que acredite el derecho.

De las precisiones que anteceden y sin que sea necesario añadir otras, la Sala llega a la inmediata conclusión de que los actos demandados son de simple trámite, que no ponen fin a la actuación administrativa adelantada ante la Superintendencia de Industria y Comercio sino que, por el contrario, solo hacen posible su

continuación, la cual habrá de culminar con el acto principal que disponga el registro de la marca solicitada.

En efecto, si como se vió, el primero de los actos demandados se limita, en lo principal, a declarar infundada la oposición formulada al registro de la marca POP etiqueta y a ordenar la continuación de la actuación administrativa, ello indica a las claras que mediante dicho acto no se dispone el registro de la marca, el cual solo podrá ser el producto de una decisión expresa de la Administración, decisión ésta que al tenor de lo dispuesto por el artículo 596 del Código de Comercio constituye el objeto propio y único de la acción contencioso administrativa, tal y como lo ha establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

> "Si se atiende al tenor literal del artículo 596, podría estimarse que lo único que debe demandarse ante el Consejo de Estado es 'el certificado de una marca', entendimiento que estaría contrariando principios y reglas fundamentales del derecho administrativo aceptadas por esta Corporación, como es aquella derivada de los artículos 66 y 67 del C.C.A., según la cual sólo puede demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la nulidad de los actos administrativos, que son aquellos que consisten en una declaración unilateral de la voluntad de la administración encaminada a producir efectos en derecho. Por consiguiente, debe buscársele a la norma contenida en el artículo 596 del C. de Co. una interpretación que armonice con el contexto de las normas no solo referentes al registro de marcas sino también a las acciones contencioso administrativas. Hay que suponer que el legislador ha querido ser coherente y armonioso al expedir el comentado precepto, el cual forma parte integrante del ordenamiento jurídico del país.
>
> "Si lo que debe demandarse, conforme que da dicho es la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, entonces debe concluirse que no son susceptibles de la acción de nulidad los simples certificados de una marca, por cuanto los dichos certificados son apenas constancias expedidas por la administración acerca de un acto y sirven ante todo como medios de prueba de dicho acto. *Así concebidas las cosas, se tiene, que lo que quiere significar el artículo 596 es que debe demandarse el acto en virtud del cual la administración expresó su voluntad de que se registre una determinada marca y ordenó que, como consecuencia de tal hecho, se expida el correspondiente certificado que acredite el registro*" (subrayado de la Sala) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de diciembre de 1980. Consejero Ponente doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Procesadora Avícola del Valle S.A. Expediente No. 2014 Anales, Segundo Semestre 1980, págs. 241 a 248).
>
> "El propio artículo 596 (del C. de Co.) de la pauta para concluir que se trata de una sola y misma acción. Este texto legal se refiere primeramente a la NULIDAD del certificado de marca y en seguida a la CANCELACION del registro de la misma. Ocurre en esta materia lo mismo que sucede en materia civil: la nulidad se predica de los actos jurídicos, y una

vez judicialmente pronunciada, impone como consecuencia la cancelación de la escritura y su registro. Los actos jurídicos se anulan, y el instrumento que los contiene se cancela, porque ya amparada es una declaración de voluntad jurídicamente eficaz.

"En materia administrativa ocurre lo propio, lo que es objeto de nulidad es el acto administrativo que otorgó la propiedad industrial sobre la marca, y lo que se cancela es el certificado de la misma, ya se califique de anulación o cancelación. En realidad, se trata de dos peticiones complementarias" (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 30 de marzo de 1981. Magistrado Ponente doctor Ricardo Uribe Holguín. Actor: Grandes Marques Internationales. Citada por Manuel Pachón Muñoz en su obra "Protección de los Derechos de la Propiedad Industrial". Editorial Temis, 1986, pág. 146).

De lo expuesto, surge la consecuencia de que el derecho a accionar por parte de la sociedad demandante solo nace en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de su División de Propiedad Industrial, resuelva definitivamente la solicitud de registro de la marca sometida a su consideración y estudio.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que no existe alternativa jurídica alguna, distinta a la de declararse inhibida para fallar de fondo el asunto planteado en la demanda pues, como se ha analizado y concluido, los actos demandados no son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. DECLARASE INHIBIDO para proferir pronunciamiento de fondo, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial conforme al literal d) del artículo 2o. del Decreto 109 de 1957.

TERCERO. No hay lugar a condena en costas, por no haberse causado.

CUARTO. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al Superintendente de Industria y Comercio.

QUINTO. En firme esta providencia, 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 tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

MONOPOLIO DE LICORES/INDEMNIZACION PREVIA/IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES

El Departamento en la práctica no ha ejercido directamente la introducción, distribución y venta de licores destilados nacionales, provenientes de otras secciones del país, sino que ha permitido o autorizado que otras personas se dediquen a tal actividad, percibiendo por ello el pago del impuesto de consumo, lo que hace que por este aspecto no pueda hablarse técnicamente de "reasumir un monopolio", como se dice en la Ordenanza acusada. En cuanto a la introducción, distribución y venta de licores extranjeros que, también fué objeto de regulación en los actos impugnados, cabe anotar que siempre fueron considerados, a excepción del Whisky Johnnie Walker, de LIBRE INTRODUCCION AL DEPARTAMENTO y objeto de IMPUESTO DE CONSUMO, más nó de monopolio. Por esta razón, en cuanto a estos licores se refiere, tampoco puede hablarse de "reasumir" un monopolio, ya que esta expresión no puede tener una significación distinta de la de "volver a tomar lo que antes se tenía o se había dejado". Resultaba de imperativo cumplimiento la exigencia de la indemnización plena y previa, de que trata el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886.
DECLARA DE NULIDAD de la Ordenanza Número 040 de 16 de Diciembre de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Cauca, y del Decreto No. 150 de 30 de marzo de 1988, expedida por el Gobernador de dicho departamento.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 1649. Recurso de apelación contra la sentencia de 22 de Noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca. Actor: *Pablo J. Caceres Corrales*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del actor contra la sentencia de 22 de Noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. El ciudadano **PABLO J. CACERES CORRALES**, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Cauca, la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 40 de 16 de Diciembre de 1987, de la Asamblea del Departamento del Cauca, "Por la cual se ordena reasumir un monopolio", y del Decreto No. 150 de 30 de marzo de 1988, expedido por el Gobernador de dicho Departamento "Por el cual se da cumplimiento a la Ordenanza No. 40 de 1987".

Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 2, 26, 30, 31, 32, 34 y 76 de la Constitución Nacional de 1886, 61 de la Ley 14 de 1983, 451 a 459 del C. de P.C. (folios 63 a 64 y 67 del cuaderno No.1). El concepto de la violación obra a folios 68 a 89 del mismo cuaderno.

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, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

I.3. La primera instancia culminó con la expedición de la sentencia de 22 de noviembre de 1990, que denegó la nulidad de los actos acusados, y fue oportunamente apelada por la apoderada del actor.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a-quo* para no acceder a las pretensiones del *libelo* demandatorio razonó, en esencia, así:

1. Es al momento de aplicar el monopolio cuando surge la obligación para el Estado de indemnizar en forma plena y previa.

2. La Ordenanza No. 040 de 1987, no tiene por objeto inmediato "aplicar" el monopolio pues su texto se limita a reasumir el mismo sobre la producción, distribución y venta de licores destilados, distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca, y conferir facultades al Gobernador del Departamento, para que, previo estudio efectuado por una comisión, entre a regular el citado monopolio. Sin embargo, ningún monopolio se reasumió pues siempre lo ha ejercido el Departamento, con algunas salvedades. Así, en los artículos 48 de la Ordenanza 38 de 1943 y 3o. de la No. 3 de 1963 se exigió licencia para quienes desearan introducir al Departamento del Cauca licores extranjeros; en el Decreto Ordenanzal No. 352 de 1970 se ejerció el monopolio sobre el aguardiente o anisado, el ron, las cremas o mistelas, la ginebra nacional y demás bebidas alcohólicas potables y sobre la importación, distribución y venta de whisky Johnnie Walker, e introduc-

ción, distribución y venta de licores destilados producidos por otras secciones del país. Al expedirse el Decreto 808 de 1979, se mantuvo el mismo principio en relación con los licores nacionales y, respecto de los licores extranjeros se reiteró el régimen de licencia, permiso o autorización. En el Decreto Ordenanzal 732 de 1984, ya no se habló de licencias sino de convenios económicos.

3. Esta situación equívoca con relación a la introducción y comercialización de licores extranjeros, permite el Departamento decir que el monopolio se mantuvo en forma velada.

4. Según obra en el proceso, quienes introducían licores nacionales y extranjeros al Departamento requirieron y obtuvieron licencias en forma indistinta y posteriormente en forma separada. Pero no necesariamente la licencia se corresponde con el ejercicio de una actividad que el Estado se ha reservado para sí, pues en muchas ocasiones tal figura obedece al control de tutela que ejerce éste para salvaguardar el orden, la salubridad y el bienestar público, y este es el caso de las licencias exigidas por el Departamento del Cauca para la importación y comercialización de licores extranjeros, sistema que rigió dentro de un régimen mixto de monopolio e impuesto al consumo lo que hace imperioso reconocer que sobre esta franja de licores importados, era sobre la cual el Departamento reasumiría el monopolio por considerar que tal régimen le resultaba más beneficioso. Por esto la Ordenanza acusada al facultar al Gobernador para regular lo concerniente, no aplicó el monopolio —pues mal podía hacerlo por requerir tal medida de precisa regulación—, y al no disponer en su texto la orden de indemnización, no viola las normas en que se apoya el actor.

Estas consideraciones valen en relación con el Decreto 150 de 1988, pues las prevenciones en él contenidas, compatibles con las facultades otorgadas en la Ley 14 de 1983, en modo alguno conllevan la afectación de la actividad de ninguna persona en particular y el silencio respecto a la manera y condiciones en que procedería la indemnización no viola el cánon constitucional ya que les queda a los particulares afectados el ejercicio de las acciones contenciosas para obtener la garantía de sus derechos.

5. En lo que hace relación al segundo argumento del demandante, la Ley 14 de 1983 no contempla agotamiento de facultades en ella contenidas por el solo uso de las mismas. Tal norma no crea situaciones irreversibles ni ata a la Administración para siempre sino que busca que los Departamentos, de acuerdo con su conveniencia, acojan uno u otro sistema, y, hallándose vigente la norma, mientras exista la potestad de la Ley, la facultad otorgada a los Departamentos puede válidamente usarse (folios 257 a 264 ibídem).

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Como razones de disentimiento con el fallo apelado, la apoderada del actor aduce las siguientes (folios 4 a 29 cuaderno No. 3):

1. La sentencia del Tribunal confunde el impuesto al consumo y la participación por monopolio cuando éste se delega en los particulares, y sostiene erradamente que ambos pueden coexistir en un régimen mixto, lo que le impidió entender que en el Departamento del Cauca jamás existió el monopolio sino que siempre se percibió el impuesto. En efecto, la Ordenanza No. 9 de 1983 al utilizar la alternativa de la Ley 14 de 1983, decidió considerar como bienes del Departamento en carácter de rentas de su propiedad exclusiva "los impuestos nacionales de consumo y timbre cedidos a los departamentos mediante la Ley 14 de 1983, para lo cual el departamento los adopta en los términos, límites y condiciones establecidas en dicha norma legal"; El Decreto 732 de 1984 que desarrolló esa Ordenanza, por una parte indicó la manera como se cobraría el impuesto al consumo de licores, señalando que era necesario obtener una licencia para ejercer esas actividades, lo que es compatible con el régimen de libertad, y, por otra parte, estableció que en el caso de obtener el Departamento el monopolio de la introducción y venta de algún licor nacional o extranjero, debería celebrarse el convenio que la Ley permitía.

Interpretando el Decreto 732 de 1984, hay que decir que allí no se está aplicando monopolio alguno sino que se está hablando de la posibilidad por parte del Departamento de obtener la representación de firmas nacionales o extranjeras productoras de licores, como en una oportunidad tuvo la pretensión de representar a la firma inglesa que producía el whisky Johnnie Walker, Sello Negro. Por esto el texto de dicho Decreto indica condicionalmente "para los licores nacionales y extranjeros sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio". Se trata de una posibilidad que no se verificó porque el Departamento no ejerció ese monopolio. Esto está demostrado en el expediente, pues el en artículo 6o. del citado Decreto se dispuso que el control del pago del impuesto al consumo se realizaría mediante la fijación de una estampilla en los productos por los cuales se pague ese tributo, y conforme a la certificación que obra a folios 119 y siguientes, del Jefe de Rentas del Departamento, los introductores y comerciantes llevaron a cabo la liquidación y el estampillamiento de licores destilados.

A pesar de que la prueba decretada por el Tribunal no fué debidamente practicada dado que la certificación de la Secretaría de Hacienda no corresponde a lo solicitado por éste, el procedimiento de fijación de la estampilla para el control del impuesto al consumo se está realizando, lo cual conduce a afirmar que el Departamento estaba percibiendo ese impuesto y no otro tipo de renta.

La Ordenanza acusada reconoce expresamente que es a partir de su vigencia que se aplica el monopolio y esto es bien entendido porque en épocas anteriores pretendió existir como cuando asumió la importación de un whisky de Gran Bretaña sin contar con la concesión ni el consentimiento del productor del Reino Unido, o a través de varias declaraciones de monopolio todas derogadas al entrar en vigencia la Ley 14 de 1983 y cuando decidió optar por el impuesto al consumo con

la Ordenanza No. 9 de 1983. Por esta razón la Ordenanza acusada habla de reasumir y no de mantenerlo u otra fórmula parecida.

De acuerdo con el texto de la certificación del Gobernador del Departamento del Cauca, obrante a folio 97, en que se reconoce que el Departamento no tenía interés en asumir directamente el ejercicio del monopolio del comercio de licores, es elemental concluir que antes de la expedición del Decreto 150 de 1988, no se ejercía ese monopolio. Y, cuando en dicha certificación se habla de aplicar gradualmente la participación propia del monopolio no existía antes, pues de lo contrario resulta sin sentido la aplicación gradual.

Si el régimen vigente era el impuesto al consumo, la lógica y jurídica consecuencia es que el monopolio no existía y no pueden coexistir los dos sistemas, pues el Consejo de Estado ha sentenciado que ambos son incompatibles.

2. No tuvo en cuenta el Tribunal los razonamientos expresados en el alegato de conclusión en que se dejó precisado que las Asambleas Departamentales cuando decidan aplicar el monopolio autorizado por la Ley 14 de 1983, deben disponer la indemnización plena y previa de las personas que estén desarrollando las actividades de producción y comercialización de licores y que tal indemnización debe decretarse de manera general, se realiza en los casos concretos en otro momento jurídico: en el juicio que adelante el Gobierno Departamental para fijar el valor del establecimiento comercial o industrial cuya actividad queda bajo el privilegio oficial.

Dos son las razones constitucionales que obligan a que en el acto de la Asamblea en el cual se aplique el monopolio se disponga la indemnización plena y previa:

El artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886, que la Ordenanza debe acatar y que si en él se habla de indemnización previa, esta no puede ser posterior y el artículo 207 *ibídem*, por cuanto si la Ordenanza no dispone esa indemnización ni destina los recursos para tal efecto, esta se hace imposible.

3. Si la Ley es a quien le corresponde establecer el monopolio como arbitrio rentístico, hay que aceptar que sólo una norma originaria del Congreso tiene la virtud de convertir en privilegio oficial la producción y el comercio de licores destilados. En el momento en que la Asamblea, a través de la Ordenanza 9 de 1983 (art. 1o.) decidió adoptar los impuestos de consumo y regular su recaudo, desistió del monopolio; perdió la competencia de implantar en un futuro el mismo y a él no podrá regresar a menos que otra Ley generosamente lo autorice para hacerlo.

IV. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante el Consejo de Estado considera que la sentencia recurrida amerita ser confirmada dado que la Ordenanza acusada ordena al Gobernador reasumir el monopolio, y desde 1983 en virtud de la Ordenanza 009 la Asamblea Departamental del Cauca había facultado al Gobernador para reasumir el monopolio de la producción, distribución y venta de licores destilados y

como consecuencia de ello se expidieron los Decretos 179 a 30 de Marzo y 732 de 28 de Septiembre, ambos de 1984. Que el Decreto 150 de 30 de Marzo de 1988 lo que hizo fue declarar el principio según el cual "corresponde al Departamento del Cauca la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados distintos a los producidos por la Industria Licorera del Cauca", y a renglón seguido previó la posibilidad de introducción y comercialización de licores destilados por personas de derecho público o de derecho privado, lo que hace concluir que los actos acusados no introdujeron modificación fundamental sobre el sistema rentístico de antemano adoptado por el Departamento. Que, además, la indemnización puede ser posterior a la expedición de la Ley que disponga sobre el monopolio, ya que la indemnización ha de ajustarse a la verificación de los perjuicios de quienes venían ejerciendo la industria o actividad lícita.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos acusados están constituidos por la Ordenanza número 040 de 16 de Diciembre de 1987 y el Decreto número 150 de 30 de marzo de 1988.

A través de la Ordenanza citada "por la cual se ordena reasumir un monopolio" (folio 26 vuelto cuaderno número 1), se estatuye en el artículo 1o.:

> "Ordenar al Gobierno Departamental para que a más tardar el 30 de marzo de 1988, reasuma, previo estudio, el monopolio de la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados, distintos de los productos por la Industria Licorera del Cauca".

El Decreto 150 de 1988 (folio 46 cuaderno número 2), dispone, en lo pertinente:

> "Artículo Primero. Corresponde al Departamento del Cauca la producción, introducción, distribución y venta de licores destilados distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca.
>
> Artículo Segundo. De conformidad con el Decreto 1222 de 1986, las personas de derecho público o de derecho privado que pretendan introducir y comercializar en el Departamento del Cauca licores destilados, celebrarán con éste, el respectivo contrato o convenio".

Del texto de las normas antes transcritas se infiere que lo que pretendió tanto la Asamblea del Departamento del Cauca, como el Gobernador de dicho Departamento, fue regular la introducción, distribución y venta de los licores destilados tanto nacionales, provenientes de otras secciones del país, como extranjeros.

En relación con el tratamiento que se le ha dado a los licores destilados nacionales provenientes de otras secciones del país, de acuerdo con los Decretos Ordenanzales que obran en el proceso, se tiene que:

El Decreto 352 de 30 de Junio de 1970 (folios 9 a 13 cuaderno número 4), expedido en virtud de las facultades señaladas en la Ordenanza número 8 de 1969 (folio 167 a 168 cuaderno número 1), en el título catorce correspondiente al mo-

nopolio de licores, establece que éste comprende, entre otros, "la introducción, distribución y venta de licores destilados producidos por otras secciones del país".

El Decreto 681 de 27 de Agosto de 1979 (folio 52 cuaderno número 1), que modifica los artículos 119 y 270 del Decreto 352 de 1970, señala en el artículo 2o. como renta de licores cuya explotación se reserva el Departamento, la "introducción, distribución y venta de licores destilados producidos por otras secciones del país".

El Decreto 808 de 28 de septiembre de 1979 (folios 152 a 158 *ibídem*), establece en sus artículos 57 y 58 un régimen diferente al del monopolio, pues consagra el impuesto de consumo a licores destilados nacionales y señala, respecto de los licores traídos de otra sección del país, que "el recaudo podrá efectuarse al ser entregados a los distribuidores o consumidores respectivos".

El Decreto 874 de 25 de Septiembre de 1981 (folios 137 a 143 *ibídem*) establece, con la misma perspectiva anterior, en el parágrafo del artículo 59, la obligación de estampillar, por funcionarios debidamente autorizados por la Secretaría de Hacienda del Departamento, "los licores diferentes a los que produce la Industria Licorera".

Igualmente el Decreto 732 de 1984 (folios 48 a 51 cuaderno No. 2) reguló el impuesto al consumo para la introducción y venta de licores nacionales y extranjeros.

Según la certificación del Jefe de la Sección de Rentas del Departamento del Cauca, de 22 de Noviembre de 1988, en la que relaciona las casas comerciales de licores nacionales y extranjeros que introducen licores al Departamento del Cauca (folio 24 cuaderno No. 4), se dice en la misma que dichas casas "si han pagado los impuestos de consumo a que se refiere el Decreto 1222 de 1986 en su artículo 126 hasta la fecha de la expedición de la Ordenanza 040 de marzo de 1987".

En certificación de 16 de agosto de 1988, visible a folio 161 del cuaderno No. 2, el Gobernador del Departamento del Cauca manifiesta:

> "Que previa a la expedición del Decreto No. 150 de 1988 (marzo 30), sostuve una reunión en mi Despacho con algunos representantes de la Federación Nacional de Comerciantes, Capítulo Cauca, con el fin de explicarles las medidas que el Gobierno Departamental tomaría en cumplimiento de la Ordenanza 040 de 1987 y especialmente para manifestar a los comerciantes *que el Departamento en ningún momento tenía interés en asumir directamente el ejercicio de la actividad comercial de introducción, distribución y venta de licores destilados y consecuencialmente no privaría del ejercicio a los particulares de tal industria.*
>
> De otro lado, les manifesté que al expedirse el Decreto que pondría en ejecución la Ordenanza citada, se aplicaría en forma gradual la participación porcentual a que aspiraba el Departamento y dentro del límite tarifario establecido en el Decreto 1222 de 1986" (subrayas fuera de texto).

De lo anterior, fluye con claridad, que el Departamento del Cauca en la práctica no ha ejercido directamente la introducción, distribución y venta de licores destilados nacionales, provenientes de otras secciones del país, sino que ha permitido o autorizado que otras personas se dediquen a tal actividad, percibiendo por ello el pago del impuesto de consumo, lo que hace que por este aspecto no pueda hablarse técnicamente de "reasumir un monopolio", como se dice en la Ordenanza acusada.

En cuanto a la introducción, distribución y venta de licores extranjeros que, como se dijo *ab initio* de estas consideraciones, también fue objeto de regulación en los actos impugnados, por tratarse de licores distintos de los producidos por la Industria Licorera del Cauca, cabe anotar que tanto en las Ordenanzas números 38 de 10 de Junio de 1943 (folios 159 a 166 cuaderno No. 1) y 3 de 3 de octubre de 1963 (folios 192 a 193 cuaderno No. 2), así como en los Decretos números 352 de 30 de Junio de 1970 (folios 9 a 13 cuaderno No. 4), modificado en sus artículos 119 a 270 por el Decreto 681 de 27 de agosto de 1979 (folio 52 cuaderno No. 1) estos licores siempre fueron considerados, a excepción del whisky Johnnie Walker, de LIBRE INTRODUCCION AL DEPARTAMENTO y objeto de IMPUESTO DE CONSUMO, más nó de monopolio.

Por esta razón, en cuanto a estos licores se refiere, tampoco puede hablarse de "reasumir" un monopolio, ya que esta expresión no puede tener una significación distinta de la de "volver a tomar lo que antes se tenía o se había dejado", según el Diccionario de la Lengua Española; luego, por sustracción de materia, no puede reasumirse algo que no se ha tenido.

Sentadas las anteriores consideraciones, resultaba de imperativo cumplimiento la exigencia de la indemnización plena y previa, de que trata el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886, la cual, al no haber sido fijada en la Ordenanza número 040 de 1987, y obviamente tampoco en el Decreto número 150 de 1988, pues no se facultó al Gobernador del Departamento para estos efectos, impone que frente a los actos acusados prospere el cargo por violación de la citada norma constitucional, ya que tal indemnización, como lo ha manifestado esta Corporación en reiterados pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 11 de octubre de 1991, expediente No. 1662, Consejero Ponente: doctor Yesid Rojas Serrano; de 17 de septiembre de 1992, expediente No. 1768, Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez y de 23 de octubre de 1992, expediente No. 1210, con ponencia del que elabora esta ponencia, debe fijarse en el texto de los actos administrativos por medio de los cuales se opte por el establecimiento del monopolio, si se tiene en cuenta que ella supone un gasto y como tal tiene que ser decretado por la Asamblea y fijado en el respectivo presupuesto, para hacer posible su efectividad. Por ello no es de recibo el argumento de que dicha indemnización deba reclamarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo afirmó el *a-quo* en la providencia recurrida.

En consecuencia, habrá de revocarse la sentencia apelada y declararse la nulidad de los actos demandados.

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 22 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia, y, en su lugar, se dispone: se declara la nulidad de la Ordenanza número 040 de 16 de Diciembre de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Cauca, y del Decreto número 150 de 30 de Marzo de 1988, expedida por el Gobernador de dicho Departamento.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente del Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en sesión del día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS-Régimen Aplicable/ **SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO**-Régimen de Personal/**POTESTAD REGLAMENTARIA**

El decreto reglamentario demandado lo único que hace es "adicionar" el también decreto reglamentario 2148 de 1983, para decir que la reglamentación contenida en este último igualmente se aplicará "en lo pertinente" (es decir en los aspectos de régimen de personal indicados en el artículo 61 del Decreto Ley 1250 de 1970), a los registradores de instrumentos públicos lo cual es apenas la concresión obvia de lo ordenado en la norma de categoría legal últimamente citada. La actora parte del supuesto —que no comparte la Sala— de que el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970 (Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos) fue derogado por el Decreto 1659 de 1978 (Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Notariado y Registro).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 1819. Actor: *Constanza Ramírez Beltrán.*

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 ciudadana Constanza Ramírez Beltrán, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener la nulidad del Decreto 2669 del 26 de diciembre de 1988, expedido por el señor Presidente de la República con la firma del señor Ministro de Justicia.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

Es el citado Decreto 2669 de 1988, "por el cual se adiciona el decreto 2148 de agosto 1o. de 1983", expedido "en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional" (de 1886), y cuya parte resolutiva es del siguiente tenor literal (fl. 2 del expediente):

> "Artículo 1o. De conformidad con la norma establecida en el artículo 61 del Decreto-Ley 1250 de 1970, el Decreto 2148 de 1983 se aplicará en lo pertinente a los Registradores de Instrumentos Públicos.
>
> "Parágrafo. La administración de la carrera para los Registradores estará a cargo del Consejo Superior de la Administración de Justicia de que trata el artículo 164 del Decreto-Ley 960 de 1970.
>
> "Artículo 2o. Este Decreto rige a partir de la fecha de su publicación".

b. Los hechos de la demanda

La actora cita como hechos que fundamentan su pretensión una serie de antecedentes legislativos que pueden resumirse así (fls. 36 a 38):

1. El Decreto 1250 de 1970 (Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos), en su artículo 1o. señala que el registro se prestará por *funcionarios públicos*. A su vez, el artículo 61 se desprende que el régimen aplicable a los funcionarios de las oficinas de registro era el propio de los notarios.

2. El Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos 2400 y 3074 de 1968, arts. 2o. y 3o., se desprende que el régimen de los empleados de las Superintendencias es el de empleados públicos.

3. Posteriormente el Decreto 1659 de 1978, que organizó la Superintendencia de Notariado y Registro, señaló en forma expresa que "...el régimen presupuestal, de administración de personal y de contratos, será el mismo que rige para los establecimientos públicos..." (art. 1o., inciso 2o.).

4. El Decreto 2148 de 1983, reglamentario de los Decretos 960 y 2163 de 1970 y de la Ley 29 de 1973, desarrolla la función notarial, el concurso para ingreso al servicio y la carrera notarial.

5. El Decreto 2148 de 1983 fue adicionado por el Decreto 2669 de 1988, con fundamento en el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970, "para que dicho decreto se aplique a los registradores de instrumentos públicos, vale decir, para que se asimilen en su calidad y regímenes administrativo y disciplinario a los Notarios".

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación

La actora considera que el acto acusado incurre en violación del inciso segundo del artículo 1o. del Decreto 1659 de 1978, por el cual se estableció la estructura, organización y funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, por la siguiente razón (fls. 39 a 44):

> "Por cuanto según el precepto invocado, las relaciones laborales de la Superintendencia de Notariado y Registro... se rigen de la misma forma que las de los empleados públicos, es decir, en aplicación, de los decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 583 de 1984 (carrera administrativa), Ley 64 de 1987 y las normas reglamentarias Ley 13 de 1984 y decreto 482 de 1985 de donde se deduce que la carrera aplicable a los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro es la administrativa y no la Notarial que pretende la norma atacada".

Para sustentar su ataque, la actora hace algunos comentarios sobre la jerarquía normativa en nuestro régimen jurídico y sobre la potestad reglamentaria.

d. Las razones de la defensa

La Nación —Ministerio de Justicia—, como parte demandada, intervino en el proceso a través de apoderado durante el traslado para alegar de conclusión, expresando, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 87 a 90):

1. En verdad, de acuerdo con el Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 123 de la Constitución de 1991, los empleados de Notariado y Registro son empleados públicos y por lo tanto el acto demandado se profirió de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución de 1886 y el numeral 11 del artículo 189 de la actual, por lo cual "cuenta con el fundamento constitucional necesario para demostrar su constitucionalidad y legalidad".

2. El Decreto 2669 de 1988 "no está imponiendo ninguna administración al personal de Registradores de Instrumentos Públicos sino, de acuerdo con la facultad constitucional y legal otorgada al Gobierno Nacional, procura una más eficiente prestación de servicios en dicha oficina".

3. El hecho de ejercer una facultad constitucional con la expedición del decreto demandado, no significa extralimitación de ninguna norma legal.

4. Que desconoce las razones en que se basa el actor para sostener que el Decreto 1250 de 1970 es "...una norma caduca y derogada por el Decreto 1659 de 1978...", mientras que en otros momentos acude al mismo decreto para apoyar sus argumentos. Además la inconstitucionalidad de una norma legal tiene que estar basada en una sentencia del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, que no existe ni demuestra el demandante.

5. El Decreto 2669 en parte alguna está derogando las normas del decreto 1659 de 1978, sino que lo está adicionando al establecer que el Decreto 2148 de 1983

se aplicará a los Registradores de Instrumentos Públicos. Concluye que "el régimen jurídico de los empleados de notariado y registro sigue en su plena vigencia, ya que en ninguno de sus aspectos ha sido tratado, ni mucho menos derogado por el decreto materia de demanda".

A su vez, la Superintendencia de Notariado y Registro intervino en calidad de impugnadora, a través de apoderado, quien en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión se opuso a las pretensiones con los siguientes argumentos (fls. 64 a 67 y 99 a 100 Cdno. No. 1):

Bajo el título de IMPROCEDENCIA DE LA ACCION, plantea que "ha debido impugnarse el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970 que es la norma que remitió al Decreto ley 960 de 1970... No así el decreto 2669 precitado, el cual para su oportunidad se ajustó a la Constitución y hoy se encuentra ceñido a la misma (artículo 189-11)", para cuyo fundamento transcribe apartes de la providencia del 2 de agosto de 1990 proferida por esta Sección, en la cual se expresa que la acción de nulidad frente a actos creadores de situaciones particulares solo es procedente cuando la ley así lo consagra expresamente.

De otra parte, refiriéndose al REGIMEN APLICABLE A LOS REGISTRADORES DE INSTRUMENTOS PUBLICOS, manifiesta que desde el punto de vista disciplinario, ese régimen es el contemplado en el artículo 61 del Decreto Ley 1250 de 1970 y no la Ley 13 de 1984 y su Decreto reglamentario 482 de 1985, como la actora desea que suceda con la nulidad del decreto demandado.

En cuanto corresponde a la carrera de los registradores, esta sólo puede ceñirse a lo dispuesto en el artículo 61 de los Decretos 1250 de 1970, 960 de 1970 y 2669 de 1988, y no al régimen general dispuesto en los decretos 2400 de 1968, 3074 de 1968; 1950 de 1973; 583 de 1984 y la Ley 61 de 1987.

Finalmente, considera incongruente el planteamiento de la actora en el sentido de que el decreto demandado esté violando el Decreto 1659 de 1978, "pues el decreto acusado no es reglamentario del Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Notariado y Registro, sino complementario o adicional del Decreto 2148 de 1983, reglamentario del Estatuto Notarial, que por remisión expresa del artículo 61 del Decreto 1250 de 1970, se aplica específicamente en las situaciones allí contempladas para los Registradores de Instrumentos Públicos las regulaciones que rigen para los Notarios" (sic).

e. La actuación surtida

A la demanda se le dió el trámite previsto en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 25 de septiembre de 1991 (fls. 48 a 51) se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Mediante providencia del 15 de noviembre de 1991 (fl. 69) se reconoció, como parte impugnante a la Superintendencia de Notariado y Registro.

Por auto del 5 de diciembre de 1991 (fl. 86) se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso las partes demandada e impugnadora, así como la señora Procuradora Primera Delegada ante la Corporación.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público, después de hacer referencia a las diversas normas citadas por la actora en su demanda, llega a la conclusión de que "es apenas aparente la contradicción que advierte la demandante, pues una vez leídos los estatutos legales son bien identificables los dos regímenes, el general (se refiere al de los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro) y el especial (referido en particular a los registradores), que coexisten normalmente dentro del ordenamiento jurídico sin oponerse el uno al otro" (fls. 102 a 105).

En consecuencia, considera que no hay lugar al pronunciamiento solicitado por la demandante.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, debe advertir la Sala que no le asiste ninguna razón al apoderado de la parte impugnadora al pretender plantear una posible improcedencia de la acción sobre la base de la jurisprudencia del 2 de agosto de 1990, por cuanto es evidente que el decreto acusado es de carácter general y contra él procede la acción de nulidad sin que fuera necesario, de ninguna manera, demandar el Decreto-Ley 1250 de 1970. En consecuencia, como este planteamiento de la impugnante debe entenderse como una excepción, la Sala la rechazará en la parte resolutiva.

En cuanto al fondo del asunto, como se desprende del texto del artículo 1o. del Decreto demandado (2669 de 1988), este hace referencia a tres normas anteriores, así:

a) Al artículo 61 del Decreto-Ley 1250 de 1970, para decir que se expide de conformidad con él. Este decreto-ley, es el Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos y su artículo 61, que hace parte del capítulo sobre Régimen Administrativo de los Registradores, es del siguiente tenor:

> "**Artículo 61**. Los Registradores se encuentran sometidos al régimen de concursos, permanencia, ascenso, impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, carrera, retiro forzoso, permisos y licencias, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario, establecido para los Notarios en los artículos 10 y 11, en los capítulos 2o. a 4o. del título V y en el título VI del Decreto Ley 960 de 1970".

b) Al Decreto 2148 de 1983, que es un decreto reglamentario de los Decretos —Leyes 960 y 2163 de 1970 y de la Ley 29 de 1973, para hacerlo extensivo, en lo pertinente, a los Registradores de Instrumentos Públicos. Como el Decreto 960 de 1970 constituye el Estatuto de Notariado, el cual fue modificado y adicionado por los otros dos ordenamientos legales citados, ello quiere decir que el Decreto 2148 de 1983 es reglamentario del Estatuto del Notariado y que, en consecuencia, el decreto demandado, es decir, el Decreto reglamentario 2669 de 1988 está haciendo extensivo a los registradores de instrumentos públicos, en lo pertinente, el régimen de los notarios.

c) A su vez, el parágrafo del artículo 1o. del decreto acusado (2669 de 1988) hace referencia nuevamente al Decreto Ley 960 de 1970 y específicamente a su artículo 164, según el cual la carrera notarial y los concurso están administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, para establecer que este mismo organismo administrará la carrera para los registradores.

De lo anterior, y a pesar de la complejidad que resulta de la referencia a los diferentes ordenamientos jurídicos citados, para la Sala se desprende claramente lo siguiente:

1. Mediante una norma con categoría de ley (artículo 61 del Decreto-Ley 1250 de 1970), se hizo extensivo a los registradores de instrumentos públicos el régimen de personal de los notarios, contenido en el Decreto-Ley 960 de 1970.

2. Ese régimen de personal de los notarios, fue modificado o adicionado en algunos aspectos por el también Decreto-Ley 2163 de 1970 y por la Ley 29 de 1973.

3. Todo ese régimen legal que constituye el Estatuto del Notariado, fue objeto de reglamentación por parte del Decreto reglamentario 2148 de 1983, incluyendo en dicha reglamentación aspectos referentes al régimen de personal de los notarios.

4. Como consecuencia de lo anterior, el decreto reglamentario demandado (2669 de 1988) lo único que hace es "adicionar" el también decreto reglamentario 2148 de 1983, para decir que la reglamentación contenida en este último igualmente se aplicará "en lo pertinente" (es decir, en los aspectos de régimen de personal indicados en el artículo 61 del Decreto Ley 1250 de 1970), a los registradores de instrumentos públicos, lo cual es apenas la concresión obvio de lo ordenado en la norma de categoría legal últimamente citada.

El cargo planteado en la demanda se fundamenta exclusivamente en que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1o. del Decreto 1659 de 1978, orgánico de la Superintendencia de Notariado y Registro, el régimen de administración de personal de esa entidad, a la cual pertenecen los registradores, es el mismo que rige para los establecimientos públicos, es decir, el régimen general de carrera administrativa contenido en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 583 de 1984, Ley 13 de 1984 y Decreto 482 de 1985, de tal manera que el decreto acusado estaría violando el citado estatuto orgánico de la Superintendencia al someter a los registradores al régimen de los notarios.

Para sustentar su cargo, la actora parte del supuesto de que el artículo 61 del Decreto 1250 de 1970 (Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos) fue derogado por el citado Decreto 1659 de 1978 (Estatuto orgánico de la Superintendencia).

Dentro del marco de la evolución normativa a que se hizo referencia anteriormente, la Sala no comparte el supuesto en el que se fundamenta la actora y al que se ha hecho referencia inmediatamente antes.

En efecto, si bien la norma que cita la actora como presuntamente violada es posterior al Decreto-Ley 1250 de 1970, no es menos cierto que mientras la primeramente citada hace una referencia general al régimen de administración de personal de esa entidad, la segunda consagra una norma especial para un grupo específico de funcionarios del sector de notariado y registro, como son los registradores de instrumentos públicos, sin que pueda afirmarse que la referencia contenida en la norma posterior haya pretendido de manera clara y definitiva eliminar la situación excepcional creada por la norma anterior.

En esas circunstancias, para la Sala es suficiente recordar el principio de interpretación de la ley contenido en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, según el cual "La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general", para considerar que no le asiste razón a la actora en el supuesto del cual parte para fundamentar su demanda.

Y si, en consecuencia, al momento de expedirse el decreto reglamentario acusado se encontraba vigente el artículo 61 del Decreto-Ley 1250 de 1970, en el cual se fundamentó, no tiene asidero la pretensión de la demanda, porque dicho decreto acusado constituye simplemente una aplicación reglamentaria de aquella norma vigente.

De tal manera que, como lo concluyó la señora Agente del Ministerio Público, la contradicción es apenas aparente, porque son bien identificables los dos regímenes: de una parte, el general para los empleados de la Superintendencia, que es el mismo general para los empleados públicos, y, de otra, el especial para los registradores, que es el mismo especial para los notarios.

Por todo lo anterior, no prospera el cargo.

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. NO PROSPERA la excepción de improcedencia de la acción, planteada por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Segundo. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Tercero. Con envío de copia, notifíquese esta sentencia a los señores Ministro de Justicia y Superintendente de Notariado y Registro.

Cuarto. En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

Tercero. Con envío de copia, notifíquese esta sentencia a los señores Ministro de Justicia y Superintendente de Notariado y Registro.

Cuarto. En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

ADUANA INTERIOR-Funciones/**MERCANCIA**-Custodia

Es a las autoridades administrativas aduaneras a quienes corresponde recibir las mercancías, hacer el inventario respectivo, verificarlo por su peso y cantidad, así como hacer las observaciones y el aforo si de las mismas hay lugar a ello. Las autoridades aduaneras no dieren cabal cumplimiento a las obligaciones que les corresponde, cuando del recibo de mercancías se trata, pues se limitaron a hacer un somero inventario de la mercancía, el cual no fué verificado por su peso, verificación ésta que de acuerdo con los testimonios de empleados de la Aduana recepcionados, no se lleva a cabo por parte de la Aduana Interior por no disponerse de básculas, elementos de pesaje ni ningún otro medio de manipulación de las mercancías bajo su custodia. Sin embargo, los actos acusados se fundamentan para la imposición de la multa en un FALTANTE POR SAQUEO que se dejó constatado en diligencia de aforo. Para poder imponer la multa consagrada en el parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, era indispensable que las autoridades aduaneras hubieran adoptado las medidas necesarias, en la forma y términos señalados en los artículos 43 y 44.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2153. Recurso de apelación contra la sentencia de 2 de Julio de 1992, del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actora: *Aerovias Nacionales de Colombia S.A. —Avianca—.*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor Procurador Judicial 20 (antes Fiscal 3o.) ante el Tribunal Administrativo del Valle y por la señora apoderada de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas, contra la sentencia de 2 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La sociedad AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A. —AVIANCA—, a través de apoderada, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tendiente a obtener:

A TITULO PRINCIPAL: a) La nulidad de las Resoluciones 000454 de 24 de octubre de 1989 "POR MEDIO DE LA CUAL SE IMPONE UNA MULTA A LA SOCIEDAD AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA "AVIANCA S.A."; 000575 de 14 de diciembre del mismo año "Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución administrativa número 00454 del 24 de octubre de 1989", expedidas por la Administración de la Aduana Interna de Cali; y 1255 de 9 de abril de 1990 "Por la cual se resuelve desfavorablemente un recurso de apelación interpuesto por AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA —AVIANCA S.A.—", emanada de la Subdirección Operativa de la Dirección General de Aduanas; y, b) a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora cumplió a cabalidad el contrato de transporte y por lo tanto no es responsable del supuesto faltante de mercancía detectado con posterioridad a la entrega de la misma, y que no se le imponga la multa por valor de un millón quinientos tres mil trescientos noventa y dos pesos ($1.503.392.00).

A TITULO SUBSIDIARIO: que se ordene dejar sin efectos la operación administrativa en la cual se determinó el valor de la multa a cargo de la accionante en la Resolución 000454 de 24 de octubre de 1989, de la Administración de la Aduana Interna de Cali, y, que en su lugar, se practique una nueva liquidación de los derechos de importación correspondientes a la mercancía faltante, excluyendo el impuesto sobre las ventas.

I.2. Como normas violadas se adujeron los artículos 7o. del Decreto 2304 de 1989; 1o. del Decreto 3312 de 1985; 43, y su parágrafo 1o., 44, 321 del Decreto 2666 de 1984; y el numeral 8o. de la Instrucción 0009 de 23 de octubre de 1987.

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, alegaciones y concepto fiscal.

1.4. La primera instancia culminó con el proferimiento de la sentencia de 2 de julio de 1992 que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, habiendo sido oportunamente apelada por señor Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Ad-

ministrativo del Valle y la señora apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Aduanas.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

En la parte resolutiva se dispuso:

> "1o. Declarar nulas las Resoluciones 000454 de octubre 24 de 1989 y 000575 de diciembre 14 de 1989 de la ADMINISTRACION DE LA ADUANA INTERNA DE CALI, y la Resolución 1255 de abril 9 de 1990 de la Subdirección Operativa de la Dirección General de Aduanas, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
>
> 2o. Como consecuencia de la declaración anterior, se DECLARA, que la sociedad AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA AVIANCA S.A., no está obligada a pagar suma alguna por concepto de multa.
>
> 3o. NEGAR las demás pretensiones de la demanda".

Para adoptar dicha decisión, el Tribunal *a-quo* razonó, en esencia, así:

Se desprende de los hechos de la demanda y de las pruebas aportadas al proceso que a Bogotá, el 14 de julio de 1989, procedentes de España, en la compañía aérea Lufthansa, con guía aérea No. 220-16718516, llegaron cuatro cajas conteniendo partes y piezas para bombas hidráulicas con un peso de 339 kilos, siendo su destino final la ciudad de Cali. La carga fué entregada a la Empresa Avianca para llevarla a su destino final, colocando en el manifiesto de carga, sello de recibido, sin que se hiciese ningún tipo de observación sobre la mercancía y su estado.

Llegado al despacho a su destino, Santiago de Cali, y en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 44 del Decreto 2666 de 1984, y entregado a la Aduana conforme al artículo 43 del citado Decreto, se levantó acta de avería en la que se hizo constar que la mercancía presentaba evidentes huellas de maltrato, y, además, otros *ítems* como saqueo, y apertura, lo que indicaba a las autoridades aduaneras la posibilidad de un faltante de los bienes, así la Administración desconozca tal posibilidad con el argumento de que no se contaban con los elementos mínimos necesarios para el desempeño de la labor de verificación de la mercancía.

Para la Sala no existe certeza, de acuerdo con los hechos y el material probatorio, de la responsabilidad de la actora, ni elementos reales y fidedignos que permitan atender los motivos aducidos por la administración para imponer la multa.

Por el contrario, se dan asomos del cumplimiento incompleto de la obligación propia de la administración en lo que alude a la verificación del peso de la mercancía, la comprobación del saqueo, el transporte por particulares ajenos a la Aduana, "circunstancias éstas, que siembran un mar de dudas a la verosimilitud (sic) de los dichos del ente público, sobre todo cuando se afirma que la empresa demandante recibió mercancía conforme, pero la entrega existiendo faltante de la misma".

Haberse dado por la administración "visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico", es razón suficiente para acceder a

las súplicas de la demanda y declarar que la demandante no está obligada a cancelar suma alguna por concepto de multa.

III. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

1. El señor Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, como razones de disentimiento con la sentencia apelada, formuló las siguientes:

El artículo 43 del Código de Aduanas exige efectuar un inventario de la mercancía en el momento y lugar de recibo, lo cual no se cumplió cabalmente en el caso *sub-examine.*

El acta de avería,de 18 de julio de 1989, por "huellas de MALTRATO", más no por saqueo, apertura u otros, como contempla el formulario, contiene una descripción global de la mercancía que al ser aforada el 4 de Agosto de 1989 en detalle arrojó un faltante total de US $4.771.59, según se desprende de las actas de repeso, averías o saqueos, visibles a folios 32,44 y 57 del cuaderno 1.

En el *sub-lite*, Avianca no cumplió con las previsiones del artículo 44 del Código de Aduanas, el cual la obligaba a clarificar en el momento de la entrega de la mercancía en qué consistían las huellas de maltrato; nó podía asumir una conducta pasiva y omisiva sino exigir de inmediato un inventario detallado de la mercancía.

No es responsable la administración que recibe una mercancía con señales de maltrato comprobado —según el acta de avería—, cuando Avianca prefiere guardar silencio frente a esta circunstancia antes que proceder conforme lo establece el artículo 43 del Código mencionado.

Por lo tanto, la responsabilidad por la entrega incompleta de la mercancía recae en la actora y nó en quien la recibe. Las huellas de maltrato constituyen indicios contra el transportador y no contra el depositario, en este caso la Aduana.

Se discute, con el recurso, la multa impuesta a la actora y no el cobro del impuesto a las ventas que fué cargado indebidamente.

2. La apoderada de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fundamenta su recurso en las siguientes razones:

Los actos acusados tuvieron su fundamento legal en el artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, que señalaba para ese entonces en su parágrafo 1o. que las multas a que daba lugar la falta de la entrega de la mercancía relacionada en el manifiesto de carga o la entrega de la no relacionada, son impuestas por el administrador al transportista.

Recepcionada la mercancía por el funcionario aduanero, de acuerdo con el artículo 44 *ibídem*, aquéllas que presenten señales de averías, saqueo o deterioro, se colocarán en sitio aparte para su examen y comprobación inmediata, como ocurrió en el presente caso, procediéndose a efectuar la correspondiente acta de repeso, averías o saqueo, ante las evidentes muestras de saqueo al llegar las cajas abiertas.

En materia aduanera existe la presunción de que la cantidad de bultos o piezas, el peso y los datos consignados en el documento de transporte o guía aérea corresponden a la realidad y a lo que el importador en un procedimiento posterior, que es la nacionalización, declara haber llegado. Así, la responsabilidad por faltantes de mercancías recibidas por la Aduana con observaciones contenidas en un acta, es siempre imputable a la empresa aérea, de acuerdo con el artículo 44 mencionado.

No puede desconocerse el valor de las actas de averías o repesos, pues señalan un faltante por saqueo y lo avalúan. La verificación del peso por el funcionario aduanero nó es indispensable en casos como éste. La certeza la da el acta de inventario realizada antes de la nacionalización.

No puede responsabilizarse a la administración por una mercancía recibida con observaciones por los funcionarios aduaneros y entregada por la empresa transportadora con las mismas observaciones, de acuerdo con el manifiesto de carga.

Por lo tanto, está probada la responsabilidad de Avianca S.A. por la entrega de la mercancía de manera incompleta a la aduana.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento de los recursos descansa en el hecho de que corresponde al transportista y no a las autoridades aduaneras dar cumplimiento a las previsiones de los artículos 43 y 44 del Decreto 2666 de 1984. Al respecto cabe anotar que para un mejor análisis de la controversia sometida a consideración de la sala, es preciso consultar el contenido de las normas que regulan la entrega de las mercancías por parte del transportista a la Aduana o a la entidad autorizada por ésta, así como las que contemplan el procedimiento que ha de seguirse ante las observaciones que se verifiquen en el momento de la misma.

El artículo 43 del Decreto 2666 de 1984 prescribe:

> "...Toda mercancía que se entregue a la aduana o a entidad autorizada por ella será inventariada según marcas y números que aparezcan en sus embalajes y verificadas por su peso y cantidad en el momento y lugar de recibo".

Según el artículo 44 *ibídem:*

> "...Las mercancías con señales de avería, saqueo o deterioro serán recibidas con las observaciones del caso y se colocarán en sitio aparte para su examen y comprobación inmediatos".

De las disposiciones transcritas fluye con claridad que es a las autoridades administrativas aduaneras a quienes corresponde recibir las mercancías, hacer el inventario respectivo, verificarlo por su peso y cantidad, así como hacer las observaciones y el aforo si de las mismas hay lugar a ello.

En el caso *sub-examine*, según obra a folio 33 del cuaderno número 1, en la bodega de la Aduana del Aeropuerto de Cali el 18 de julio de 1989 se recibió, por

funcionarios de la Aduana Interior de Cali, la mercancía transportada desde Bogotá hacia Cali por la sociedad demandante, para lo cual se levantó un acta de avería, en la que se lee:

> "A los 18 días, del mes de Julio de 1989, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 44 del Decreto 2666 de 1984, se reunieron en la Bodega ADUANA AEROPUERTO ALBONAR el Almacenista Delegado, Sr. GILDARDO ALFONSO, el representante de la Compañía Transportadora, Sr. EDGAR TRUJILLO, el representante de R.N.A., Sr. SATURNINO SOLER ARIAS 03-2174 para proceder al Inventario de 4 piezas amparadas en el Documento de Transporte No. 718516 de AVIANCA, las cuales presentan evidentes huellas de MALTRATO X, SAQUEO _____,APERTURA_____, OTROS_____, con el consiguiente resultado:
>
> "No. EMBALAJES No. de Identificación CANTIDAD DESCRIPCION ORDEN (Bulto, Caja, Atado, etc.) EMBALAJE MERCANCIA OBSERVACION EDUARDO L. GERLEIN DESTINO ADUANA INTERNA.
>
> GUIA 718516 POR 4 PIEZAS. CAJAS DE MADERA CONTENIENDO:
>
> **CAJA No. 1 CONTENIENDO:** Una chuspa plástica con 2 sellos cartón Ref. SK7831. Una pieza metálica Ref. 1104. Una chuspa plástica con un sello de caucho Ref. GC-7C71F. Dos chuspas plásticas con 3 resortes metálicos c/u. Una chuspa plástica con un sello plástico Ref. GC-7029F. Un cartón con 5 sellos de caucho, Ref. SC-990 y tres piezas metálicas.
>
> **CAJA No. 2 CONTENIENDO:** Una chuspa plástica con dos sellos de cartón Ref. SK-7303. 4 piezas metálicas forradas plástico. ITEMS 3-4-5-6 y 7 mercancías iguales a las relacionadas en la caja No. 1. **CAJA No. 3 CONTENIENDO:** Una pieza metálica Ref. SERIE 5580. Dos piezas metálicas forradas en plástico. Una cajita de cartón con una balinera Ref. IR 3036. Dos chuspas plásticas con tres empaques metálicos Ref. 790000 y una chuspa plástica con 5 empaques plásticos Ref. 790004. **CAJA No. 4 CONTENIENDO:** Una pieza metálica Ref. SERIE 5179...".

Advierte la Sala que del contenido de los artículos 43 y 44 transcritos y del acta de avería realizada el 18 de julio de 1989, se deduce, que las autoridades aduaneras no dieron cabal cumplimiento a las obligaciones que les corresponde, según dichos preceptos, cuando del recibo de mercancías se trata, pues se limitaron a hacer un somero inventario de las mercancías, el cual no fue verificado por su peso, verificación ésta que de acuerdo con los testimonios de empleados de la Aduana recepcionados, obrantes a folios 113 a 116 ibidem, no se lleva a cabo por parte de la Aduana Interior de Cali por no disponerse de básculas, elementos de pesaje ni ningún otro medio de manipulación de las mercancías bajo su custodia.

De otra parte, en las observaciones que se hicieron en el momento del recibo de la mercancía, sólamente se dejó constancia de las evidentes huellas de maltrato de las cajas que contenían la mercancía, más nó de que estas hubieran sido saqueadas, no obstante existir en el mismo formulario una casilla especial para anotar esta circunstancia. Sin embargo, los actos acusados se fundamentan para la impo-

sición de la multa en un *FALTANTE POR SAQUEO* que se dejó constatado en diligencia de aforo visible a folio 42 *ibídem*. Al respecto, la Sala observa que las autoridades aduaneras tampoco dieron cumplimiento a lo prevenido en el artículo 44 del citado Decreto 2666 de 1984, que exige que en caso de avería, saqueo o deterioro de la mercancía recibida se verifique "su examen y comprobación inmediatos", pues sólo hasta el 4 de agosto de 1989, es decir, 17 días después del recibo de la mercancía se estableció el faltante.

Por las razones precedentes los argumentos de los recurrentes carecen de asidero jurídico, ya que para poder imponer la multa consagrada en el parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, era indispensable que las autoridades aduaneras hubieran adoptado las medidas necesarias, en la forma y términos señalados en los artículos 43 y 44 tantas veces citados, y que de haberlas efectuado hubieran permitido deducir la responsabilidad de la demandante. En otro giro, la negligencia de la Administración, impidió comprobar que el faltante se produjo estando la mercancía en poder del transportista, presupuesto éste *sine qua non* para imputar tal responsabilidad.

Por lo consignado anteriormente, deberá confirmarse la sentencia apelada.

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 de primera instancia proferida el 2 de julio de 1992, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día tres (3) de Diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

PLAN GENERAL DE INVERSIONES MUNICIPALES/ALCALDE/CONCEJO MUNICIPAL/COMPETENCIA/PROYECTO DE ACUERDO-Objeciones

Si bien es cierto el proyecto de Acuerdo fué objetado, el mismo día el Alcalde profirió el decreto poniendo en vigencia el Plan General de Inversiones, sin dar tiempo alguno al Concejo para que, de ser posible, declarara infundadas las objeciones. Esta circunstancia impide colegir que el Concejo incumplió con la obligación legal de expedir el Plan General de Inversiones para el municipio. No estaban dadas las condiciones para que el Alcalde pusiera en vigencia mediante decreto el proyecto sobre el Plan General de Inversiones que hubiere presentado el Concejo. Hallándose en receso el Concejo dentro de los términos que tenía el Alcalde para devolver con objeciones el proyecto, el Ejecutivo ha debido publicar el proyecto sancionado y objetado dentro de los seis días siguientes a aquel en que el Concejo hubiera cerrado sus sesiones. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto No. 067 del 13 de septiembre de 1991, expedido por la Alcaldía Especial de san Martín-Meta, decretada por el Tribunal Administrativo del mismo departamento por auto de 3 de febrero de 1992.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente No. 2203. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actora: *Mariela Cruz Lozano y Otros*

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 3 de febrero de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto No. 067 del 13 de septiembre de 1991, expedido por la Alcaldía Especial de San Martín, Meta, por medio del cual

se pone en vigencia el plan general de inversiones para el mismo municipio, conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 53 de 1990.

ANTECEDENTES

El Concejo Municipal de San Martín —Meta—, el 10 de septiembre de 1991, aprobó el Acuerdo No. 011 por el cual se expide el Plan General de Inversiones.

El 13 de septiembre el Alcalde del mencionado municipio, cuando ya el Cabildo había entrado en receso, objetó el Acuerdo No. 011 de septiembre 10 de 1991, por presentar vicios de inconstitucionalidad e inconveniencia.

El 17 de septiembre de ese mismo año, un grupo de concejales mediante el oficio No. 014 dirigido al burgomaestre, declaró infundadas las objeciones.

El Alcalde el 13 de septiembre expidió el Decreto No. 067 "por medio del cual se pone en vigencia el plan general de inversiones para el Municipio de San Martín —Meta— conforme lo dispone el artículo 15 de la Ley 53 de 1990". Este Decreto es el acto acusado en estas diligencias y respecto del cual se solicita la suspensión provisional.

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la solicitud de suspensión provisional el actor cita como violadas las normas contenidas en los artículos 15 de la Ley 53 de 1990, 108, 113 y 114 del Decreto 1333 de 1986.

Considera el demandante que la facultad contenida en el artículo 15 de la Ley 53 de 1990, solamente opera "si el Concejo no expidiere el Acuerdo en las sesiones ordinarias de agosto".

Que a pesar de que el Concejo de San Martín expidió el Acuerdo en las sesiones ordinarias del mes de agosto, el Alcalde, excediéndose en sus funciones resolvió poner en vigencia el Plan General de Inversión, contrariando el artículo 15 de la Ley 53 de 1990 y las normas del Decreto 1333 de 1986, las cuales le señalan a los Alcaldes el camino a seguir cuando desean objetar los proyectos de Acuerdo aprobados por el Concejo, lo que en últimas conducen a que envíen el proyecto objetado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según voces del artículo 114 del Decreto 1333 de 1986.

EL AUTO APELADO

Es el proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 3 de febrero de 1992. Mediante él dicha Corporación accedió a la suspensión provisional del acto demandado, previas las siguientes consideraciones;

> "C. Al efectuar la confrontación directa de la norma para con el (sic) Decreto en cuestión, junto con los documentos traídos con la solicitud, la Sala, encuentra que la manifiesta infracción se palpa, lo que hará que la medida se decrete.
>
> "En efecto, es el mismo párrafo cuarto del Decreto 067 del 13 de septiembre de 1991, el que dice:
>
> "...Que en el caso del mal llamado Acuerdo No. 011 de septiembre 11 de 1991 el H. Concejo no declaró formalmente infundadas las objeciones, razón por la cual no fue sancionado en definitiva y por tanto no llena las formalidades legales, de donde se colige que el H. Concejo Municipal incumplió su obligación de expedir el plan General de inversiones para el Municipio..." (fl. 32).
>
> "En la exposición reseñada por el mismo Sr. Alcalde es donde se nota la manifiesta infracción pues el camino que ha debido seguir conforme a la Ley —Art. 114 del Decreto 1333 de 1986— era el de remitir la actuación al Tribunal Contencioso Administrativo para que éste decidiera sobre las objeciones planteadas".

EL RECURSO DE APELAÇION

Lo interpone el Alcalde Municipal de San Martín mediante apoderado contra el auto de 3 de febrero de 1992 en cuanto decretó la suspensión provisional del acto acusado y lo fundamenta en los argumentos que a continuación se sintetizan:

La expedición del Decreto 067 del 13 de septiembre de 1991 obedeció al cumplimiento del artículo 15 de la Ley 53 de 1990 y contó con la observancia de los artículos 108, 113 y 114 del Decreto 1333 de 1986, pues si el Acuerdo 011 no fue objetado en tiempo por el Alcalde ni hubo respecto de las objeciones rechazo legal por parte del Cabildo, no había necesidad de enviarlo al Tribunal Administrativo del Meta para que conforme al artículo 114 del Decreto 1333 de 1986, resolviera en definitiva.

El apelante parte de la base de que las objeciones hechas por el Alcalde el 13 de septiembre de 1991 no podían considerarse como tales como quiera que el Concejo había entrado en receso, y que la carta que el 17 de septiembre del mismo año 91 enviaron algunos Concejales al Alcalde pretendiendo declarar infundadas tales objeciones no constituyen rechazo legal de ellas por cuanto la Corporación no estaba reunida.

Anota finalmente el recurrente que el proyecto de Acuerdo objetado se publicó como lo ordena el artículo 113 del decreto 1333 de 1986 y para respaldar su aserto alude a una prueba documental acompañada por él a las diligencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 15 de la Ley 53 de 1990, en lo pertinente, expresa en relación con el proyecto de Acuerdo sobre el Plan General de Inversiones, lo siguiente:

> "Si el Concejo no expidiera el Acuerdo en las sesiones del mes de Agosto, el Alcalde pondrá en vigencia, mediante decreto expedido con todas las formalidades legales, el proyecto que hubiere presentado".

Al respecto observa la Sala que el presente no es el caso previsto en la norma pretranscrita, por cuanto según constancias que obran en el expediente, el Concejo sí expidió el Acuerdo sobre el Plan General de Inversiones en las sesiones correspondientes al mes de agosto. Al final del Acuerdo en mención el Presidente y la Secretaría del Concejo Municipal de San Martín, certifican:

> "Que el presente Acuerdo obtuvo los tres (3) debates reglamentarios correspondientes a las sesiones realizadas durante los días quince (15) y veinte (20) del mes de agosto y diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991)".

Ahora, si bien es cierto el proyecto de Acuerdo fue objetado el 13 de septiembre de 1991, ese mismo día el Alcalde profirió el Decreto 067, poniendo en vigencia el Plan General de Inversiones, sin dar tiempo alguno al Concejo para que, de ser posible, declarara infundadas las objeciones. Esta circunstancia impide colegir que el Concejo incumplió con la obligación legal de expedir el Plan General de Inversiones para el Municipio como equivocadamente lo expresa el burgomaestre en los considerandos del Decreto acusado.

Las circunstancias anteriores indican que no estaban dadas las condiciones para que el Alcalde pusiera en vigencia mediante Decreto el proyecto sobre el Plan General de Inversiones que hubiere presentado el Concejo. No estaba facultado para ello y al hacerlo infringió el citado artículo 15 de la Ley 53 de 1990. La violación manifiesta de esta norma preferencialmente aplicable al caso de autos por ser especial al acto controvertido, sería suficiente para confirmar la suspensión decretada.

Sin embargo, si fuera necesario comparar el decreto impugnado con las normas del Decreto 1333 de 1986 que regulan el trámite en la expedición de los Acuerdos del Concejo en general, tendríamos que concluir que aquel infringe el artículo 113 del precitado decreto, si en cuenta se tiene que hallándose en receso el Concejo dentro de los términos que tenía el Alcalde para devolver con objeciones un proyecto, el Ejecutivo ha debido publicar el proyecto, sancionado y objetado dentro de los seis días siguientes a aquel en que el Concejo hubiera cerrado sus sesiones. Si bien es cierto que en el expediente obran algunas constancias sobre publicación

éstas hacen referencia es al mismo decreto y no al proyecto de Acuerdo (fls. 158, 159 y 160 del cuaderno principal).

Consecuente con lo anterior, la Sala habrá de confirmar la providencia apelada, por las razones expuestas en este proveído.

Por lo expuesto, la Sección Primera del Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y 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 3 de diciembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

REGISTRO DE MODELO INDUSTRIAL/DICTAMEN PERICIAL-Valoración.

El dictamen pericial pone en evidencia, que en el caso *sub-exámine* se dan las causales previstas en el artículo 580 del C. de Co., que hacen anulable el certificado de registro del modelo industrial consistente en "UN MACHETE", a que se contrae el acto que se acusa, habida cuenta que el mismo carece de novedad e implica una ventaja técnica en relación con el machete común, instrumento éste notoriamente conocido. Como quiera que dicho experticio no fue objeto de aclaración ni de objeción por error grave, se encuentra bien fundamentado y ofrece claridad sobre el punto materia de controversia, para la Sala presta mérito probatorio suficiente, que le permite acogerlo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente, *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 946. Acción de nulidad contra la Resolución número 00899 de 28 de febrero de 1985, de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actora: *Sociedad Industria Colombiana de Herramientas S.A. —Incolma—*

La Sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE HERRAMIENTAS S.A. —INCOLMA—, a través de apoderado, ha ocurrido ante esta Corporación en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 580 del Código de Comercio, para que mediante sentencia se declare la nulidad de la Resolución número 00899 de 28 de febrero de 1985, expedida por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Resolución acusada concede el registro del Modelo Industrial "**UN MACHETE**" a la sociedad **COLLINS COLOMBIANA S.A.** (hoy HERRAMIENTAS STANLEY S.A.), por el período de cinco (5) años contados a partir de la Resolución, el cual caduca de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre propiedad industrial y confiere a su titular el derecho de uso exclusivo en el territorio de la República.

I. CAUSA PETENDI

Como norma violada se invoca el artículo 580 del Código de Comercio.

El cargo de violación puede resumirse así:

El modelo industrial cuya concesión se otorgó no es nuevo. Se refiere a ventajas técnicas sobre el modelo convencional, siendo una adaptación tecnológica del mismo, lo cual se contrapone al otorgamiento de su registro, violando de manera palmaria el mencionado artículo 580 del Código de Comercio.

El machete al que se le concedió el Modelo Industrial es el denominado "Macheta Australiano", conocido y fabricado tanto en Australia como en los Estados Unidos antes de 1978, fecha en la cual se solicitó su registro en Colombia; es decir, que para tal época no era nuevo.

El machete en Colombia se conoce hace más de cincuenta años, lo que constituye un hecho notorio que no necesita prueba, y el machete australiano no es sino un desarrollo técnico del machete común.

El modelo en referencia tiene una hoja ancha y un mango más largo formando escuadra con la hoja, lo cual permite como ventajas técnicas: evitar accidentes, corte paralelo de la caña contra el corte oblícuo del tradicional y un mayor cubrimiento en el corte. No es un artefacto distinto a un machete; es más, se denomina machete; sólo es el desarrollo de éste para el corte de caña; se trata de la aplicación de este artefacto a una actividad específica con ventajas técnicas apreciables reivindicadas por el solicitante.

II. 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 concepto fiscal.

A pesar de haber sido oportunamente notificadas del auto admisorio de la demanda, las demandadas: la Superintendencia de Industria y Comercio y la sociedad Collins Colombiana S.A., hoy Herramientas Stanley S.A., no constituyeron apoderado para su representación en el proceso, ni tuvieron, por tal razón, intervención alguna en el mismo.

II.1. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, dado, que conforme al artículo 581 del Código de Comercio, los derechos de exclusividad, industriabilidad y reivindicación de la invención los confiere únicamente el registro y la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo noticia acerca de que el modelo registrado se hubiera usado o explotado en Colombia, sino que sólo se allegaron al proceso dos solicitudes: una, en que se afirma haber fabricado un modelo similar pero con mango diferente, lo que hace que el modelo registrado a través de la Resolución demandada siga conservando su carácter novedoso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través de la Resolución número 00899 de 28 de febrero de 1985, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro del Modelo Industrial consistente en "UN MACHETE", en favor de la sociedad Collins Colombiana S.A., hoy Herramientas Stanley S.A., con fundamento en el informe técnico número MI 107, visible a folios 70 y 71, en el que se estableció que dicho modelo era novedoso en el año de su presentación, y, como consecuencia, se expidió el certificado de registro número 1471.

El cargo de violación planteado por la sociedad demandante lo hace consistir en la violación del artículo 580 del Código de Comercio y se sustenta en que el modelo cuyo registro se concedió carece de novedad y además se refiere a ventajas técnicas sobre el modelo convencional.

Dispone el mencionado precepto:

> "La Oficina de Propiedad Industrial, el Ministerio Público o cualquier persona podrá solicitar la nulidad del certificado de registro de un dibujo o modelo, *si no son nuevos o si se refieren a alguna ventaja técnica.*
>
> La competencia para conocer de esta acción corresponderá al Consejo de Estado" (negrillas fuera de texto).

Del precepto transcrito fluye con claridad que dos son las causales para demandar la nulidad de un certificado de registro de un modelo industrial, a saber:

1. Que carezca de novedad; o

2. Que se refiera a alguna ventaja técnica.

En orden a dilucidar y esclarecer aspectos relativos al modelo industrial objeto del acto acusado, la Sala en providencia de 4 de octubre de 1991, con fundamento en el artículo 169 del C.C.A., decretó la práctica de un dictamen pericial, formulando a los expertos un cuestionario, y respecto del cual éstos manifestaron:

1. A la pregunta de si el modelo industrial a que se refiere el certificado número 1471 se puede estimar como nuevo en relación con el machete común, dijeron los peritos:

> "...El Modelo Industrial a que se refiere el certificado número 1471 *no se puede estimar como nuevo con relación al machete común* por cuanto las diferencias principales (primarias) y secundarias constituyen un desarrollo del machete común..." (folio 170) (negrillas fuera de texto).

2. A la pregunta de si dicho modelo puede considerarse que proporciona alguna ventaja técnica respecto del machete común que obra en el proceso, respondieron:

> "...Debemos aceptar que *sí proporciona ventajas técnicas* el Machete Australiano con relación al Común..." (folio 171) (negrillas fuera de texto).

El dictamen pericial antes aludido, pone en evidencia, que en el caso *sub-examine* se dan las causales previstas en el artículo 580 del Código de Comercio que hacen anulable el certificado de registro del modelo industrial consistente en "UN MACHETE", a que se contrae el acto que se acusa, habida cuenta que el mismo carece de novedad e implica una ventaja técnica en relación con el machete común, instrumento éste notoriamente conocido.

Como quiera que dicho experticio no fué objeto de aclaración ni de objeción por error grave, se encuentra bien fundamentado y ofrece claridad sobre el punto materia de controversia, para la Sala presta mérito probatorio suficiente, que le permite acogerlo, y, en consecuencia, acceder a las súplicas del *libelo* demandatorio, 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:

1o. Se declara la nulidad de la Resolución Número 00899 de 28 de febrero de 1985, emanada de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, que concedió el registro del Modelo Industrial "UN MACHETE" a favor de la sociedad Collins S.A., hoy Herramientas Stanley S.A., y del Certificado de Registro número 1471, expedido con base en la misma Resolución.

2o. Publíquese en la Gaceta de Propiedad Industrial.

COPIESE, COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida, leída y aprobada por la Sala en sesión del día 11 de diciembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

ACCION DE TUTELA-Reglamentación/REGLAMENTO DE TUTELA - Naturaleza Jurídica/DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES/LEY ESTATUTARIA- Inexistencia/**POTESTAD REGLAMENTARIA**

El Decreto 2591 de 1991 no puede ser considerado o asimilado a una ley estatutaria, cuya expedición corresponde de manera exclusiva al Congreso Nacional por mandato del artículo 152 de la Carta, pues aún cuando mediante él se reglamenta la acción de tutela, no fue expedido por el órgano legislativo del poder público sino por el Presidente de la República en virtud de una especial y transitoria facultad otorgada por la misma Constitución Política. De esta manera, si bien la materia que regula el Decreto 2561 de 1991 puede ser objeto de una ley estatutaria, ello lo será para el futuro, por cuanto para el caso concreto existía la referida autorización especial.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expedientes acumulados Nos. 1969 y 1955. Actores: *Bernardo Arbeláez Martínez y Pedro Pablo Camargo*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagran los artículos 237-2 de la Constitución Política y 84 del C.C.A., por los ciudadanos Bernardo Arbeláez Martínez (Expediente No. 1969) y Pedro Pablo Camargo (Expediente No. 1955), tendientes a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992, expedido por el señor Presidente de la

República con la firma de los Ministros de Gobierno y de Justicia, y "por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

El decreto 306 de 19 de febrero de 1992, que constituye el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita, fue expedido por el señor Presidente de la República "en ejercicio de sus facultades constitucionales y, en especial, de la prevista por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política", con la finalidad de reglamentar el Decreto 2591 de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

Por lo extenso del acto demandado, la Sala se abstiene de transcribirlo, sin perjuicio de acudir al texto de las diferentes disposiciones que lo integran, en la medida en que se estime indispensable en las consideraciones de este fallo. Sin embargo y con el fin de ilustrar sobre el contenido general de dicho acto, a continuación se indicará la materia que regula cada uno de sus artículos:

"ARTICULO 1o. *De los casos en que no existe perjuicio irremediable".*

"ARTICULO 2o. *De los derechos protegidos por la acción de tutela".*

"ARTICULO 3o. *De cuando no existe amenaza de un derecho constitucional fundamental".*

"ARTICULO 4o. *De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991".*

"ARTICULO 5o. *De la notificación de las providencias a las partes".*

"ARTICULO 6o. *Del contenido del fallo de tutela".*

"ARTICULO 7o. *De los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela".*

"ARTICULO 8o. *Reparto".*

"ARTICULO 9o. *Imposición de sanciones".*

"ARTICULO 10o. *Vigencia".*

b. Los hechos de las demandas

Tanto en el expediente No. 1969 como en el No. 1955, puede decirse que los hechos se contraen a indicar la expedición del Decreto 2591 de 1991, de conformidad con lo previsto en los artículos 5o. y 6o. transitorios de la Constitución Política, y la expedición del acto acusado.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación

Los actores consideran que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en sus demandas y, respecto del expediente No. 1955, en el alegato de conclusión (fls. 5 a 7 del expediente No. 1969 y 7 a 8 y 100 a 112 del expediente No. 1955):

Expediente No. 1969

Primer cargo. Violación de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, pues a pesar de que el Decreto 2591 de 1991 haya sido expedido por el Ejecutivo con base en facultades extraordinarias, éste es una ley estatutaria "... de conformidad con la definición del artículo 152 de la misma Carta y por lo tanto cualquier 'modificación o derogación' de ella, debe hacerse con el lleno de los requisitos establecidos por el artículo 153 *ibídem*". Lo anterior implica que cualquier reglamentación del Decreto 2591 de 1991 es de competencia del legislador, como quiera que se refiere a los derechos fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección.

Segundo cargo. Violación del Decreto 2591 de 1991 y como consecuencia de ello transgresión del artículo 189-11 de la Constitución Política, pues mediante el acto acusado, y so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, el Ejecutivo "...en sus 9 artículos se dedica a limitar en unos casos y agregar, en otros, las normas..." del mencionado Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, no es claro que el Decreto 2591 de 1991 encierre la facultad del Gobierno para reformarlo e interpretar términos constitucionales "...invadiendo terrenos jurisprudenciales reservados a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado bajo los parámetros de la nueva Carta; tal es el caso del artículo 1 de dicho decreto, en el que intenta definir el Gobierno qué quiso decir el Constituyente con 'perjuicios irremediables'. Es una definición que sólo compete a la jurisprudencia" (sic).

Expediente No. 1955

Primer cargo. Violación del artículo 150 de la Constitución Política, pues aún suponiendo en gracia de discusión que el Decreto 2591 de 1991 no es en estricto sentido una ley estatutaria "...reglamentaria del Art. 86 de la Constitución Nacional —que sí lo es—, el Presidente de la República no puede dictar a través de un mero decreto gubernativo un Reglamento o Código de Tutela por cuanto el artículo 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 el Decreto 306 interpreta, adiciona y reforma en concreto en sus artículos 1o., 3o., 4o., 5o., 6o. y 7o. y 9o. El Decreto 2591. Hay también usurpación de funciones (*ultra vires*)".

Segundo cargo. Violación de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, pues si de acuerdo con la primera de estas normas solo el Congreso de la República, mediante ley estatutaria puede reglamentar los derechos y deberes fun-

damentales de la persona y los procedimientos y recursos para la protección, como es el caso de la acción de tutela, y si conforme a la segunda de las indicadas normas constitucionales solo dicho cuerpo colegiado tiene la facultad de aprobar, modificar o derogar la ley estatutaria que reglamenta la acción de tutela, o sea el Decreto 2591 de 1991, ello significa que con la expedición del citado decreto el Gobierno agotó sus facultades "...y, por consiguiente, no puede volver a reglamentar *a posteriori,* mediante un decreto presidencial una ley estatutaria que, como el mencionado decreto-ley 2591 reglamentó el artículo 86 de la Constitución Nacional" (subraya del actor).

Tercer cargo. Violación del artículo 201 numeral 1, de la Constitución Política pues mediante el acto acusado el Gobierno dicta normas de procedimiento de la acción de tutela al poder judicial, para lo cual no se encuentra facultado, por ser un campo que los artículos 152 y 153 de la Carta radican en el Congreso.

Cuarto cargo. Violación del artículo 230 de la Constitución Política, pues el acto demandado impone normas de actuación a los jueces, rebasando de esta manera lo previsto en el Decreto 2591 de 1991. La citada norma constitucional establece claramente que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, "...no a los decretos gubernativos 'reglamentarios' de reglamentos a las leyes estatutarias". Por lo anterior, cuando dicha norma se refiere a la "ley", debe entenderse que ésta "...es la que, con carácter permanente, hace el Congreso de la República en los términos de los Arts. 114 y 150 de la Constitución Nacional y, en el caso presente, de los Arts. 152 y 153, *ibídem*, o sea de leyes estatutarias que regulen la acción de tutela y la administración de justicia" (subraya del actor).

A pesar de que en la demanda solo se reputan como violadas las disposiciones, y por las razones, que se indican en los cargos precedentes, en el recurso de reposición contra el auto que denegó la suspensión provisional del acto acusado y en el alegato de conclusión, el actor considera que el acto demandado incurre, además, en transgresión de los artículos 5o. y 6o. transitorios y 86, 94, 113 y 257-3 de la Carta Política, al igual que de los artículos 1o. 2o., 3o., 4o., 6o., 13, 16, 19, 21, 29, 31, 32, 35, 36 y 52 del Decreto 2591 de 1991, por las extensas razones que allí mismo consigna.

d. Las razones de la defensa

Expediente No. 1969

En la contestación de la demanda (fls. 33 a 39), la apoderada de la Nación-Ministerio de Justicia, luego de transcribir apartes de algunas sentencias de esta Corporación en las cuales se trata el tema del ejercicio y límites de la potestad reglamentaria del Jefe del Estado, e igualmente de citar textos de varios doctrinantes de derecho administrativo, concluye que al expedir el acto acusado el Gobierno Nacional se ajustó plenamente a las facultades que le otorga el artículo 189-11 de la Constitución Política. Igualmente expresa que "...el actor aduce e invoca en aras

de su pretensión, normas de orden constitucional, sin entrar a considerar y determinar en forma concisa y concreta el concepto de violación".

Por su parte, el apoderado de la Nación-Ministerio de Gobierno, en el escrito de contestación de la demanda (fls. 60 a 68), solicita se denieguen las súplicas de la misma, por ajustarse el acto acusado a las facultades que al Presidente de la República otorga el artículo 189-11 de la Carta Política, el cual permite la reglamentación tanto de las leyes como de los decretos leyes, que tienen la misma jerarquía.

En la parte sustancial de su escrito expresa lo siguiente:

> "Era necesario rectificar con el desarrollo legal que le otorga la Constitución al Señor Presidente de la República. Era necesario aclarar que la Acción de Tutela no procedía ni puede aceptarse por los Jueces cuando haya un proceso en curso...". El recurso tampoco puede interponerse en reemplazo de la institución de *Habeas Corpus* y, en consecuencia, no es viable la Acción de tutela como medio para detener la libertad de ciudadanos afectados con autos de detención.
>
> "Por lo demás, con el Decreto reglamentario demandado se evitó el caos que la tutela conllevó, y tampoco es cierto que esta sea una reglamentación de otra reglamentación. Para reconocer este hecho es necesario conocer la jerarquía de las leyes.
>
> "Con la Norma Reglamentaria no se modificó la Acción de Tutela sino que se precisaron los alcances de algunas palabras, verbigracia, el entendimiento y significancia en los casos en que no existe perjuicio irremediable contraído del artículo 1o. de la norma acatada. Para el caso *sub-judice* se señala el cumplimiento de la expresión y no se crean hechos nuevos y mucho menos se inventan. Se ratifica la cumplida ejecución y función de las normas para evitar desviadas interpretaciones con el propósito de salvaguardar el carácter subsidiario de la Acción de Tutela".

Finalmente propone la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda "...por ausencia de presupuestos procesales para la acción y/o de requisitos formales..." pues considera que el actor omitió dar el concepto de violación de las normas que indica como violadas (art. 137-4 del C.C.A.), cercenando así el derecho de defensa al no poderse determinar en qué consisten tales violaciones.

No se hace alusión a los argumentos contenidos en el alegato de conclusión, por cuanto éste fue presentado extemporáneamente,

Expediente No. 1955

Salvo algunos errores de transcripción, las razones aducidas por la apoderada de la Nación-Ministerio de Justicia en el alegato de conclusión (fls. 86 a 91), son exactamente las mismas expresadas en la contestación de la demanda en el expediente No. 1969.

En la contestación de la demanda (fls. 59 a 66), el apoderado de la Nación-Ministerio de Gobierno, considera que no es cierto que frente al acto acusado se pueda pretender la violación de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, pues "...un asunto es la ley estatutaria y otro es la norma expedida por el señor Presidente de la República, revestido con facultades extraordinarias otorgadas por la misma Constitución, en sus artículos transitorios 5, 6 y 10".

Debido a que la parte sustancial de su escrito es una fiel transcripción del texto ya citado en las razones de defensa aducidas en el expediente No. 1969, la Sala se remite a ellas.

Finalmente, propone la misma excepción de que se dá cuenta en el expediente No. 1969.

No se hace alusión a los argumentos expuestos en el alegato de conclusión, por cuanto éste fue presentado extemporáneamente.

e. La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a los procesos se les dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Expediente No. 1969

Por auto de 9 de abril de 1992, se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite correspondiente, y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Mediante providencia de 17 de julio de 1992, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para que rindiese su concepto de fondo (fl. 75). La Nación-Ministerio de Justicia, no hizo uso de este derecho y por lo que respecta a la Nación —Ministerio de Gobierno, lo hizo extemporáneamente.

Por auto de 28 de agosto de 1992 se resolvió acumular a este proceso el radicado bajo el No. 1955.

Expediente No. 1955

Por auto de 24 de abril de 1992 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 10 a 15). Recurrida como fue esta última decisión, fue confirmada por auto de 24 de julio de 1992 (fls. 68 a 75).

Dentro del término para alegar de conclusión tan solo hizo uso de este derecho la parte actora, pues en cuanto a la parte demandada Nación-Ministerio de Justicia no presentó escrito alguno y respecto de la Nación-Ministerio de Gobierno, lo hizo extemporáneamente.

La señora Agente del Ministerio Público no emitió concepto en ninguno de los dos procesos.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de emprender el análisis de fondo mismo de la controversia, corresponde a la Sala resolver la excepción de ineptitud sustantiva de las demandas, propuesta por la parte demandada.

Este medio de defensa se basa en alegar que los actores, en los dos procesos acumulados, omitieron dar el concepto de violación de las normas que indican como violadas, cercenando de esta manera el derecho de defensa.

En relación con esta excepción, la Sala considera que ella no está llamada a prosperar, pues de la simple lectura de los *libelos* de demanda resulta que si bien, en términos generales, los actores no expresan de una manera extensa y detallada el concepto de violación de las normas superiores que estiman transgredidas por el acto acusado, ello no conlleva a predicar que se esté incumpliendo con dicho requisito, pues el artículo 137-4o. del C.C.A., que lo consagra, no exige una medida determinada en la extensión, profundidad, precisión y detalle en los análisis que de aquellas normas deba efectuar el actor.

En consecuencia, la excepción no prospera, sin perjuicio de que, efectivamente, la anotada generalidad limite el estudio de los cargos, como se verá en el respectivo análisis de cada uno de ellos.

Definida como se encuentra la excepción propuesta, corresponde a la Sala realizar el estudio de los cargos formulados en contra del acto acusado, precisando, desde ahora, que respecto del expediente No. 1955 dicho estudio se circunscribirá al análisis de las normas que como violadas se indican en la demanda, mas no a aquellas que el actor adiciona en sus escritos del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda en cuanto denegó la suspensión provisional ni en su alegato de conclusión, pues el marco y el alcance del debate jurídico deben ser fijados por el accionante, de manera exclusiva, en su escrito de demanda. Esto obedece, no solo a que el C.C.A. dispone tal momento como el único en el que debe "...indicarse las normas violadas..." (art. 137-4o.), sino debido a que aceptar fórmula contraria a la expuesta conllevaría el desconocimiento del principio constitucional del debido proceso y el derecho de defensa, pues la parte demandada se encontraría ante la imposibilidad de controvertir los nuevos y sucesivos argumentos de violaciones normativas.

En relación con el cargo primero del expediente No. 1969 y segundo del expediente No. 1955, en los cuales se predica que el acto acusado incurre en violación de los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, debido a que el Decreto 2591 de 1991 debe ser considerado como una ley estatutaria y, como tal, cualquier reglamentación del mismo solo puede provenir del Congreso, la Sala considera lo siguiente:

El Decreto 2591 de 1991, fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo transitorio 5, literal b) de la Constitución Política, y tiene fuerza de ley en virtud de lo dispuesto por el artículo transitorio 10 *ibídem.*

Lo anterior implica que el Decreto 2591 de 1991 no puede ser considerado o asimilado a una ley estatutaria, cuya expedición corresponde de manera exclusiva al Congreso Nacional por mandato del artículo 152 de la Carta, pues aún cuando mediante él se reglamenta la acción de tutela, instituida por el artículo 86 *ibídem* como mecanismo para lograr la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, no fue expedido por el órgano legislativo del poder público sino por el Presidente de la República en virtud de una especial y transitoria facultad otorgada por la misma Constitución Política. De esta manera, si bien la materia que regula el Decreto 2591 puede ser objeto de una ley estatutaria, ello lo será para el futuro, por cuanto para el caso concreto existía la referida autorización especial.

En relación con el aspecto que se acaba de analizar, la Sala, en la providencia que resolvió el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto denegó la suspensión provisional del acto acusado, se pronunció en los siguientes términos, los cuales, por ser complementarios de lo expuesto, se acogen como fundamento de esta decisión (fls. 71 y 72 Exp. No. 1955):

> "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".

Ahora bien, en lo que respecta a la alegación consistente en que el Decreto 2591 de 1991 no puede ser objeto de reglamentación por parte del Ejecutivo, la Sala considera que si como acaba de verse dicha normatividad no es ley estatutaria, pero por mandato constitucional tiene fuerza de ley, y aún en la hipótesis de que lo fuere, en uno y otro caso el Presidente de la República puede ejercer sobre ellos la potestad reglamentaria de que se encuentra investido por virtud del artículo 189-11 de la Carta, ya que esta norma no establece distinción alguna en relación con las leyes reglamentables y al juez le está vedado hacer clasificaciones y establecer diferencias que la misma Constitución no consagra. En consecuencia, la Sala considera que pueden ser objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria tanto las leyes ordinarias como las estatutarias y los decretos con fuerza de ley, en la medida en que ello se requiera para lograr su cumplida ejecución.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

En relación con el segundo cargo del expediente No. 1969, en el cual se alega la violación del Decreto 2591 de 1991 y, como consecuencia de ello, la transgresión del artículo 189-11 de la Carta Política, la Sala considera que no está llamado a prosperar debido a la imposibilidad en que se encuentra de proceder a la confrontación de cada una de las normas que integran el acto acusado, 10 en total, con los 52 artículos contenidos en el Decreto 2591 de 1991, pues el actor reduce su alegato a afirmar genéricamente que el Decreto 306 de 1992 "...en sus 9 artículos (sic) se dedica a limitar, en unos casos y agregar, en otros, las normas..." del decreto reglamentado.

La imposibilidad de realizar dicha confrontación resulta, no sólo del carácter rogado de esta jurisdicción que implica que el juez debe analizar las violaciones alegadas exclusivamente con base en el concepto que exponga el actor, sino debido a que a pesar de que la Sala pudiese hacer un análisis comparativo entre el acto acusado y el estatuto reglamentado, se estaría vulnerando el derecho constitucional de defensa, pues la parte demandada no tuvo posibilidad alguna de controvertir las posibles razones del demandante.

No obstante lo anterior, la Sala considera que la violación del Decreto 2591 de 1991 por parte del acto acusado sólo se daría en la medida en que este último, dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, desborde el marco de las normas contenidas en el primero, lo cual, como se analizó no es posible determinar en el caso *sub-judice* debido a las fallas de técnica jurídica de que adolece el cargo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el primer cargo del expediente No. 1955, consistente en la violación del artículo 150 de la Constitución Política debido a que mediante el acto acusado se dicta un "...Código de Tutela...", cuya competencia se encuentra radicada en el legislador, a quien además le corresponde interpretar, reformar y derogar las leyes, la Sala considera, en primer término, que el Decreto 306 de 1992 no es un código, ni pretende serlo, sino sencillamente una reglamentación del Decreto 2591 de 1991, dictado en virtud de las facultades consagradas en el artículo 189-11 de la Carta.

En segundo lugar, respecto de las alegaciones consistentes en que los artículos 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 9o. del Decreto 306 de 1992 interpretan, adicionan y reforman el Decreto 2591 de 1991, y "Hay también usurpación de funciones...", la Sala se encuentra ante la misma dificultad que se planteó en el análisis del cargo precedente, pues el actor no explica en su demanda por qué razón, ni en qué medida dichos artículos violan el decreto reglamentado en su integridad o en las diferentes 54 normas que lo integran. El pretender hacer el análisis comparativo entre las normas de uno y otro estatuto con base en las probables razones que el actor tuvo al momento de elaborar su demanda implicaría, se repite, la transgresión del derecho de defensa de la parte demandada.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo del expediente No. 1955, consistente en la violación del artículo 201, numeral 1, de la Constitución Política, debido a que

mientras esta norma, y frente a la Rama Jurisdiccional, solo faculta al Gobierno para prestar a sus funcionarios, con arreglo a la ley, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias, el Decreto 306 de 1992 "...contiene normas de procedimiento de la acción de tutela al poder judicial...", la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperar, pues las distintas normas que integran el estatuto reglamentario solo serían inconstitucionales, no por ser normas de procedimiento, sino en la medida en que desbordaren el marco trazado por el Decreto-Ley 2591 de 1991, y como ocurre con los cargos anteriormente analizados, en éste el actor no precisa las razones de su aseveración.

Adicionalmente a lo expuesto, la Sala considera que en este momento procesal sigue teniendo plena validez lo expresado por ella en el auto de 24 de julio de 1992, mediante el cual se confirmó su decisión de no suspender provisionalmente los efectos del acto acusado. En efecto, en dicha providencia se dijo lo siguiente:

> "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" (fl. 74).

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el cuarto cargo del expediente No. 1955. Como se recuerda, este cargo se fundamenta en la violación del artículo 230 de la Constitución Política pues, sostiene el actor, mientras según esta disposición los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, mediante el acto acusado se pretende someterlos a sus disposiciones de carácter reglamentario, las cuales no son "ley", pues por esta expresión únicamente debe entenderse aquella que con carácter permanente dicta el Congreso en los términos de los artículos 114, 150, 152 y 153 de la Carta.

En cuanto a la pretendida violación del orden constitucional, la Sala considera que cuando el artículo 230 de la Constitución habla de la ley, esta expresión no debe entenderse referida exclusivamente a la ley en sentido estricto como acto del Congreso, sino a toda norma escrita de derecho, de acuerdo con las diferentes escalas de la jerarquía normativa.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primer, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. DENIEGANSE las pretensiones de las demandas.

Segundo. De conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2867 de 1989, devuélvase al actor en el expediente No. 1955 la suma de dos mil pesos ($2.000.00) M/cte. depositados para gastos ordinarios del proceso, los cuales no fueron utilizados.

Tercero. Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia.

Cuarto. En firme esta sentencia, archívense los expedientes.

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 once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/DELEGACION DE FUNCIONES/TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL/TAXI/PARQUE AUTOMOTOR

El Decreto Especial 0209 de 3 de febrero de 1992, que es el que contiene el Parágrafo 1o. acusado, mantuvo la política de liberación de ingreso de vehículos clase taxi municipal y derogó expresamente el Decreto Especial 236 de 1991. Al haber sido derogado el Decreto Ley 80 de 1987 por el Decreto Especial 0493 de 1990, mal podía servir de sustento legal al Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto Especial 0209 de 3 de febrero de 1992 demandado, ya que no existía jurídicamente para esta fecha. Por ello, la legalidad de éste sólo se puede analizar frente al estatuto que sirvió de fundamento para su expedición, que es la Ley 15 de 1959.

DECRETO ESPECIAL/CONTROL JURISDICCIONAL/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL

A los decretos expedidos con base en las leyes de intervención se les denomina Decretos Especiales y correspondió inicialmente su control jurisdiccional a la Corte Suprema de Justicia, por mandato del artículo 214 de la antigua Carta. Tal sistema de juzgamiento cambió en la nueva Constitución en los numerales 5o. y 7o. del artículo 241, se lo adscribió a esta Corporación, en virtud del criterio de competencia residual que consagra el numeral 2o. del artículo 237.
DECLARA LA NULIDAD del parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreta Especial 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., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente número 2050. Acción de nulidad contra el parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 0209 de 3 de Febrero de 1992, del Gobierno Nacional. Actor: *Jesús Vallejo Mejía.*

El ciudadano y abogado JESUS VALLEJO MEJIA, obrando en su propio nombre, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A, ocurrió ante esta Jurisdicción para demandar la nulidad del Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 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. EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor literal:

> "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".

II. CAUSA PETENDI

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 150 numeral 21, 211, 332, 333 y 334 de la Constitución Nacional y 1o. de la Ley 15 de 1959.

Para fundamentar los cargos de violación se aduce en la demanda lo siguiente:

El parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto 209 de 1992 infringe el artículo 1o. de la Ley 15 de 1959, en el que debió fundarse, y, de contera, los artículos 150 numeral 21, 211, 332 y 334 de la Constitución Nacional.

La infracción del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959 se perfila por exceso en los términos del mandato de intervención dado por ella, al autorizar a los Alcaldes Municipales para tomar medidas sobre el ingreso por incremento de vehículos clase taxi.

Basta con leer el artículo 1o. de la Ley citada para llegar a la conclusión que la única delegación que en favor de Gobernadores o Alcaldes permite este artículo que haga el Gobierno, en desarrollo del mandato de intervención que le otorgó, se refiere a la facultad establecida en el literal d), consistente en "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".

El tema del ingreso por incremento de vehículos clase taxi municipal en los territorios distritales, municipales o metropolitanos, cuando los Alcaldes consideren que las ciudades respectivas se encuentren saturadas de esta clase de vehículos, nada tiene que ver con la fijación de tarifas de transporte urbano, intermunicipal o interdepartamental, ni con la forma de pago o la prestación del servicio de transporte que por la Ley 15 de 1959 le corresponde al empleador en beneficio del empleado.

Habiendo autorizado la Ley 15 de 1959 al Gobierno para delegar en Gobernadores o Alcaldes sólo las facultades previstas en el literal d) del artículo 1o., y no versando sobre dichas facultades la que es objeto de delegación por la disposición acusada, es obvio que esta infringió el mandato intervencionista que pretendió ejercer por medio de ella.

La infracción se extiende al artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política de Colombia, que prevé como atribución del Congreso "Expedir las leyes de intervención económica previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites de la libertad económica".

Debiendo ser precisas las leyes de intervención, mal puede entonces interpretárselas y aplicárselas más allá de lo que determine el mandato que otorguen.

Si dicho mandato se confiere al Gobierno y por excepción a éste se le autoriza a delegar en autoridades inferiores algunos aspectos específicos del mismo, de ninguna manera puede darse la delegación respecto de otros temas, como sucede en el caso presente.

Ello configura violación, por el mismo concepto, del artículo 334 de la Constitución Política, que reitera que la intervención del Estado debe realizarse por mandato de la ley.

El artículo 211 de la Constitución Política de Colombia dice que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar, entre otros, en los Alcaldes Municipales.

No habiendo ley que autorice al Presidente, como cabeza del Gobierno, para delegar en los Alcaldes Municipales atribuciones intervencionistas sobre el ingreso de vehículos clase taxi a las jurisdicciones distritales, municipales o metropolitanas, mal podía aquél expedir una disposición como la acusada. Es patente en este caso, por ello, la infracción del artículo 211 de la Constitución Nacional.

La disposición causada infringió también el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, el cual, después de proclamar la libertad de actividad económica y de iniciativa privada dentro de los límites del bien común, dispone que "para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley".

Por consiguiente, sin tal autorización no se puede disponer que los Alcaldes suspendan discrecionalmente, el ingreso por incremento de vehículos clase taxi dentro de los territorios sometidos a su jurisdicción, pues de ese modo se violaría el precepto constitucional antes mencionado.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista y alegaciones.

Como el actor solicitó en el mismo *libelo* de la demanda la suspensión provisional del Parágrafo 1o. del artículo 1o. acusado, se accedió a ello por la Sala en auto de 10 de julio de 1992 al estimarse que quebrantaba claramente los artículos 1o. de la Ley 15 de 1959 y 211 de la Carta. Recurrida en reposición por el apoderado del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, la medida precautoria fué revocada mediante proveído de 4 de septiembre del presente año, por considerarse que el parágrafo 1o. demandado tiene, en principio, sustento legal en el artículo 1o. literal g) del Decreto Ley 80 de 1987 y nó en el artículo 1o. de la Ley 15 de 1959.

III.1. A pesar de que a la Nación se le notificó el auto admisorio de la demanda por conducto del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, conforme al procedimiento señalado en el inciso 1o. del artículo 150 del C.C.A., la contestación de la demanda se realizó equivocadamente por su apoderado a nombre del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito (folios 45 a 46), sin que éste fuera parte ni tercero en el proceso y sin que el representante legal del mismo hubiera conferido poder alguno, por cuya razón no fue aceptada en providencia de 5 de octubre de 1992.

III.2 ALEGATOS

Oportunamente lo hicieron ambas partes, conforme se detalla a continuación:

III.2.1 En su alegato el demandante sostuvo lo siguiente:

El artículo 1o. literal g) del Decreto-Ley 80 de 1987, que sirvió de fundamento para revocar la medida de suspensión provisional, fue derogado por el Decreto Especial 493 de 1990 y, por consiguiente, mal puede fundarse en él la disposición impugnada.

El Decreto 493 de 1990, al tener fuerza legislativa y regular íntegramente la materia del servicio público de transporte municipal en vehículos tipo automóvil o taxi, deroga las disposiciones del Decreto Ley 80 de 1987 sobre el mismo tema y concretamente el literal g) del artículo 1o., según lo consagra el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887.

Además, los artículos 17, 18, 19, 20, 23 y 30 literal b) del Decreto 493 de 1990 fueron a su vez derogados por el Decreto 236 de 1991, expedido también en desarrollo de las facultades intervencionistas conferidas por la Ley 15 de 1959, por lo cual tenía, del mismo modo que el anterior, fuerza legislativa. El mismo dispuso,

en su artículo 1o, liberar el ingreso de los vehículos tipo taxi municipal a las diferentes ciudades del país, dejando así sin vigencia el literal g) del artículo 1o. del Decreto 80 de 1987 mencionado.

El Ministerio de Obras Públicas citó una norma derogada para afirmar la validez del acto impugnado en el escrito en que pidió la reposición de la medida precautoria.

Con el análisis anterior se desvanece dicha argumentación y revive plenamente lo considerado por la Sección al decretar la suspensión provisional, reforzado con el artículo 1o. del Decreto 236 de 1991, que es la norma vigente sobre la materia y que claramente contradice lo que se dispuso en el Decreto 209 de 1992.

III.2.2. El señor apoderado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por su parte, alegó así:

Al dictarse el Decreto número 0209 de 1992 y reglamentar 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 el artículo 1o. literal g) del Decreto Ley 80 de 1987 "Por el cual se asignan unas funciones a los municipios en relación con el transporte urbano", que preceptúa:

> "Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público 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 infiere que esta función lleva implícita la de poder suspender el ingreso de dicha clase de vehículos contemplada en la norma acusada y no es sino el fruto del ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el 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: el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito —INTRA— en el presente caso.

El Parágrafo acusado 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 suficiente para que se desestimen las súplicas de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1 NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO ACUSADO

Sea lo primero advertir que el Decreto 0209 de 3 de febrero de 1992, que contiene el Parágrafo 1o. del artículo 1o. acusado, fué expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades que le confirió la Ley 15 de 1959 para intervenir la industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio por carreteras, para la movilización de carga y pasajeros. Dicha Ley, a su vez, en el momento de su expedición tenía sustento jurídico en los artículos 32 y 76 numeral

11 de la Constitución de 1886 —que corresponden a los artículos 334 y 150 numeral 21 de la actual—.

A los Decretos expedidos con base en las leyes de intervención se les denomina Decretos Especiales y correspondió inicialmente su control jurisdiccional a la Corte Suprema de Justicia, por mandato del artículo 214 de la antigua Carta. Tal sistema de juzgamiento cambió en la nueva Constitución, pues ésta, al no atribuírselo expresamente a la Corte Constitucional en los numerales 5o. y 7o. del artículo 241, se lo adscribió a esta Corporación, en virtud del criterio de competencia residual que consagra el numeral 2o. del artículo 237.

IV.2. El fondo del asunto

Al Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto Especial 0209 de 3 de febrero de 1992 se le endilga en la demanda el cargo de transgredir el artículo 1o. de la Ley 15 de 1959 y, como consecuencia de ello, los artículos 150 numeral 21, 211, 332 y 334 de la Constitución Política de 1991.

Antes de analizar los citados cargos debe la Sala esclarecer cuál ha sido la normatividad que ha regulado la materia referente al ingreso de vehículos clases taxi municipal a las diferentes ciudades del país, a lo cual se procede así:

1. La ley 15 de 1959, expedida en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución de 1886, facultó al Gobierno Nacional, en su artículo 1o., para intervenir en la industria del transporte automotor, tanto urbano como en servicio por carreteras, para la movilización de carga y pasajeros, con objetivos que precisó en cinco literales de la siguiente manera:

> "a) Organizar y patrocinar empresas públicas, privadas o mixtas de carácter distrital, municipal, departamental o nacional, pudiendo expropiar o adquirir los equipos pertenecientes a particulares, previa indemnización o arreglo contractual sobre el pago;
>
> b) Reglamentar el funcionamiento de dichas empresas y la prestación de sus servicios;
>
> c) Hacer o autorizar importaciones de vehículos y repuestos, pudiendo modificar o eliminar las tarifas aduaneras, requisitos y demás gravámenes de importación de elementos destinados a ese servicio público. Además, el Gobierno podrá intervenir para regular los precios de venta al público de todas estas mercancías;
>
> d) 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; y
>
> e) Establecer cuando las necesidades del transporte urbano en otras ciudades del país lo exijan, y en forma transitoria mientras se establecen tarifas definitivas, el sistema previsto en esta Ley para el Distrito Especial de Bogotá, y en consecuencia señalar el monto, forma de pago, distribución y recaudo del auxilio patronal por transporte allí previsto...".

En el parágrafo del mencionado artículo se facultó al Gobierno para delegar en los Gobernadores y Alcaldes, y en cuanto hace relación al servicio urbano, únicamente la atribución a que se refiere el literal d.

O sea, que en forma expresa dicha Ley no reguló lo atinente al ingreso de vehículos clase taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

2. El artículo 13 de la Ley 12 de 1986 confirió facultades extraordinarias al Gobierno por el término de un año, a partir de la sanción de dicha Ley, para asignar funciones, de las que correspondían a las entidades descentralizadas nacionales, a los departamentos y municipios.

En desarrollo de esta Ley se expidió el Decreto Ley 80 de 1987, el cual, en su artículo 1o., asignó al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios, a partir del año siguiente al de su vigencia, para ejercer, entre otras funciones, la siguiente:

> "...g) Señalar el número de vehículos tipo taxi que pueden ingresar anualmente al servicio público del 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...".

3. El Decreto 265 de 1988, dictado con fundamento en el ordinal 3o. del artículo 120 de la antigua Constitución y de la Ley 15 de 1959, reglamentó el Decreto Ley 80 de 1987 disponiendo que el ingreso de vehículos tipo taxi podía ser por incremento o reposición y definió ambos conceptos (artículo 20); facultó al Instituto Nacional de Transporte para realizar los estudios técnicos necesarios para determinar el número de vehículos tipo taxi que se requieren anualmente en las diferentes ciudades del país (artículo 21); y estatuyó que los Alcaldes Metropolitanos, Municipales y el Mayor de Bogotá debían expedir en los primeros quince días del mes de septiembre de cada año el acto administrativo en el cual fijaban discriminadamente el número de vehículos tipo taxi a ingresar, por incremento o reposición, al territorio de su jurisdicción el año siguiente (parágrafo 1o. del citado artículo).

4. El Decreto 0493 de 1990, expedido en ejercicio de las facultades conferidas en la Ley 15 de 1959, por lo cual tenía carácter de Decreto Especial, derogó expresamente el Decreto 265 de 1988 (artículo 58). Es el Estatuto para el Servicio Público de Transporte Municipal en vehículos tipo automóvil o taxi y dedica el Capítulo I del Título III a regular el ingreso de vehículos al parque automotor. En su artículo 17 dispone lo siguiente:

> "El alcalde mayor de Bogotá y los alcaldes municipales y de las áreas metropolitanas fijarán anualmente, mediante acto administrativo, previo estudio técnico, el número de vehículos tipo automóvil y/o taxi que podrán ingresar durante el año siguiente por incremento y/o reposición al servicio público de transporte en el territorio de su jurisdicción...".

Define lo que se entiende como ingreso de automóviles o taxis al servicio público de transporte, señala reglas referentes a compra de vehículos, sobre presta-

ción y destinación exclusiva de los vehículos tipo automóvil o taxi (artículos 16, 18 a 22).

Dada la naturaleza legislativa que por ser Decreto Especial tenía el Decreto 0493 de 1990 en la antigua Constitución y por regular íntegramente la materia a que se referían el Decreto Ley 80 de 1987 y su reglamento el Decreto 265 de 1988, deben entenderse derogados tácitamente estos últimos por aquél, conforme a la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887.

5. El Decreto Especial 236 de 1991, dictado con base en la Ley 15 de 1959, derogó expresamente los artículos 17 a 20, 23 y 30 literal b del Decreto Especial 0493 de 1990, y cambió la política sobre la materia, pues vino a establecer en su artículo 1o. la libertad de ingreso de vehículos tipo taxi municipal a las diferentes ciudades del país.

6. Por último, el Decreto Especial 0209 de 3 de febrero de 1992, que es el que contiene el Parágrafo 1o. acusado, mantuvo la política de liberación de ingreso de vehículos clase taxi municipal y derogó expresamente el Decreto Especial 236 de 1991.

El análisis hecho pone en evidencia que al haber sido derogado el Decreto Ley 80 de 1987 por el Decreto Especial 0493 de 1990, mal podía servir de sustento legal al Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto Especial 0209 de 3 de febrero de 1992 demandado, ya que no existía jurídicamente para esta fecha. Por ello, la legalidad de éste sólo se puede analizar frente al estatuto que sirvió de fundamento para su expedición, que es la Ley 15 de 1959.

Para la Sala recobran así plena virtualidad los razonamientos hechos en el auto de 10 de julio del presente año, que decretó la suspensión provisional del Parágrafo 1o. acusado por infracción manifiesta de los artículos 1o. de la Ley 15 de 1959 y 211 de la nueva Constitución; y resulta infundado lo sostenido en el auto de 4 de septiembre de 1992, que revocó el decreto de suspensión, en el sentido de que dicho Parágrafo tiene sustento legal en el Decreto Ley 80 de 1987.

Por ello, la Sala accederá a decretar la nulidad del Parágrafo 1o. demandado con base en lo expuesto en el auto primeramente mencionado, en el cual se dijo:

> "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 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.".

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

FALLA:

1o. Declárase la nulidad del Parágrafo 1o. del artículo 1o. del Decreto Especial número 0209 de 3 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

2. Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/SOCIEDAD EXTRANJERA

Al permitir el acto acusado la intervención de las personas extranjeras en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio en forma directa o asociándose con terceros, a través de la Constitución en Colombia de una sociedad especializada en telecomunicaciones, con arreglo a las leyes colombianas la que para todos los efectos legales tendrá el carácter de colombiana, no solo vulnera el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, sino el artículo 469 del C. de Co. DECRETA LA NULIDAD de los incisos 1o. y 2o. del artículo 5o. del Decreto 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional y LEVANTA LA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso final del artículo 5o. del Decreto 332 de 1992 del Gobierno Nacional.

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/TELEFONIA CELULAR/INVERSION EXTRANJERA/SOCIEDAD EXTRANJERA/ CAPITAL EXTRANJERO

El texto del inciso final del artículo 5o. del acto impugnado se deduce que hace referencia ya no a la prestación del servicio de telecomunicaciones como tal, sino al capital extranjero que puede invertirse en la sociedad que participe entre otros, en el proceso de licitación a que alude el citado artículo. En este sentido tiene asidero el argumento del impugnante en cuanto a que ésta es la única manera en que las sociedades extranjeras pueden intervenir en el proceso de telefonía celular en el país, ya que este aspecto no toca con el atributo de la nacionalidad, sino que tiene que ver con el patrimonio de la misma y nada impide que una sociedad colombiana pueda conformar parte de su capital con inversión extranjera.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y dos 1992.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2079. Acción de nulidad contra el artículo 5o. del Decreto reglamentario No. 332 de 24 de febrero de 1992. Actor: *Oswaldo Hernández Ortiz.*

El ciudadano OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 5o. del Decreto 332 de 24 de febrero de 1992 "Por el cual se aclara y modifica parcialmente el Decreto 2824 del 19 de diciembre de 1991", expedido por el Gobierno Nacional.

Dispone el acto acusado:

"Las empresas 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.

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 de otros socios, de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2824 de 1991".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como vulnerados con el acto acusado, los artículos 5o. de la Ley 72 de 1989, en concordancia con el artículo 100 de la Constitución Nacional; 469, 471 del C. de Co.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. Se violó el artículo 5o. de la Ley 72 de 1989, en concordancia con el artículo 100 de la Constitución Nacional, por cuanto sólo pueden celebrarse o adjudicarse contratos de prestación de servicio público de telecomunicaciones con personas naturales o jurídicas colombianas, y por lo mismo es contrario a la ley, que un Decreto reglamentario autorice la participación de empresas extranjeras en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio de

telecomunicaciones en forma directa, o asociándose con terceros, forma ésta última que tampoco autoriza la Ley 72 de 1989.

2. Se infringieron los artículos 469, 470 y 471 del C. de Co., al disponer la norma acusada que la sociedad especializada en telecomunicaciones que se constituya en Colombia por las empresas extranjeras, con arreglo a la legislación colombiana tendrá el carácter de sociedad colombiana, dado que para que una empresa extranjera pueda emprender negocios permanentes en el país, debe establecer sucursales y actuar como tales, y en este carácter jamás será una sociedad colombiana como ilegalmente lo pretende el Decreto, pues el hecho de que las sociedades extranjeras constituyan en Colombia una sociedad con su capital, bajo su dirección y control, no las convierte en sociedades nacionales ni mucho menos en personas jurídicas colombianas.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 24 de julio de 1992 se admitió la demanda y se accedió al decreto de suspensión provisional del acto acusado, providencia ésta que fue confirmada por auto de 18 de septiembre de 1992, al resolverse los recursos de reposición contra él interpuestos por los ciudadanos Carlos Bernardo Carreño R. y Juan Carlos Gómez Jaramillo, en calidad de impugnantes, y por los apoderados de la Nación-Ministerio de Comunicaciones y Departamento Nacional de Planeación—.

Del auto admisorio de la demanda se notificó la Nación-Ministro de Comunicaciones y Director del Departamento Nacional de Planeación.

La Nación-Ministerio de Comunicaciones-, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo en síntesis lo siguiente:

El artículo 5o. acusado no viola la Ley 72 de 1989 en su artículo 5o. ya que esta norma se refiere a la nacionalidad de las personas que pueden participar en la prestación de servicios de telecomunicaciones, en tanto que aquella se refiere a la "calidad" de las empresas (actividades económica sin personería jurídica) y a estas empresas extranjeras les recuerda el acto impugnado la obligación de constituir sociedades colombianas especializadas en telecomunicaciones, con arreglo a la ley colombiana, pues la participación de empresas extranjeras está expresamente autorizada en los desarrollos reglamentarios de la Ley 9a. de 1991.

El acto acusado no viola los artículos 469,470 y 471 del C. de Co., ya que aquél se refiere a empresas extranjeras en tanto que estos hacen referencia a sociedades extranjeras, y dado que el citado artículo 5o., en consonancia con la Ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, desarrolla reglas para sociedades colombianas (surgidas de la participación de una empresa extranjera), debe concluirse que las normas del Código de Comercio relacionadas con la actuación en Colombia de sociedades extranjeras, no son aplicables al sector de las telecomunicaciones.

Por lo demás, la metodología del acto demandado desarrolla plenamente el criterio "constitución-domicilio", empleado por el artículo 469 del C. de Co. para la determinación de la nacionalidad de las sociedades.

El ciudadano Carlos Bernardo Carreño Rodríguez, en calidad de parte impugnadora, en el capítulo "razones de la defensa", se apoya en las disposiciones de la Resolución 51 de 1991 del CONPES, reglamentaria de la Ley 9a. de 1991 y especialmente de Convenios Internacionales que constituyen legislación interna obligatoria en Colombia, y se remite a lo expresado en el memorial contentivo del recurso de reposición contra el auto que decretó la suspensión provisional, en el que, en resumen, expuso:

De conformidad con el artículo 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.

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 mentalidad frente a la inversión extranjera, y como consecuencia de ello ésta puede realizarse libremente y sin permisos especiales, salvo en aquellos casos expresamente prohibidos o los que se sujetan a aprobación previa.

La inversión extranjera en telecomunicaciones, que es un monopolio del Estado, está permitida en la medida en que las disposiciones contenidas en el capítulo IXV, título VIII del Decreto Ley 222 de 1983 (artículo 181 y siguientes) permiten la celebración de contratos administrativos para ello, además que las Resoluciones del CONPES autorizan tal inversión en cualquier proporción y en todos los sectores de la economía.

III. CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación, en su concepto de fondo considera que es procedente la anulación del acto enjuiciado por cuanto éste desconoce flagrantemente el mandato legal de que las telecomunicaciones por ser un servicio público, será prestado por el Estado Colombiano en dos formas: directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva a personas naturales o jurídicas colombianas, es decir, la Ley 72 de 1989 no autorizó la participación de empresas extranjeras en el proceso que finalice con la adjudicación de tal servicio como sí lo hace excesivamente el acto acusado.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como lo advirtió la Sala al estudiar la solicitud de suspensión provisional, con base en las facultades conferidas al Presidente de la República otorgadas por 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", se dictaron los Decretos Leyes Nos. 1901 de 19 de agosto de 1990 y 1900 de 1990.

Concretamente del contenido de los artículos 34 y 35 del Decreto 1900 de 1990, se infiere que el servicio público de telecomunicaciones que comprende entre otros, los servicios básicos (portadores y teleservicios), dentro de los cuales se encuentra la telefonía fija y móvil y móvil celular, según lo prevé el artículo 28 *ibídem,* solamente pueden ser prestados directamente por la Nación, las entidades territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios), las entidades descentralizadas de esos órdenes, o por asociaciones formadas entre cualesquiera de dichas entidades; o indirectamente, previo contrato de concesión de servicio o licencia celebrado u otorgado por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de ley, por personas naturales o jurídicas COLOMBIANAS, de acuerdo con la preceptiva del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989 que señala: "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".

Por lo anterior, al permitir el acto acusado la intervención de las personas extranjeras en el proceso de registro, licitación, adjudicación, contratación y prestación del servicio en forma directa o asociándose con terceros, a través de la constitución en Colombia de una sociedad especializada en telecomunicaciones, con arreglo a las leyes colombianas, la que para todos los efectos legales tendrá el carácter de colombiana, no solo vulnera el artículo 5o. de la citada ley sino el artículo 469 del C. de Co.

De otra parte, y como lo manifestó la Sala en providencia de 18 de septiembre de 1992, al referirse a los recursos de reposición interpuestos contra el auto que decretó la suspensión provisional, por ser la Ley 72 de 1989 un estatuto especial regulador de la organización y funcionamiento de un servicio público de aquellos a que hacen referencia los artículos 150 numeral 23 y 365 de la Constitución Política, que propende por la nacionalización del sector de las telecomunicaciones, a través de la prestación del servicio por parte del Estado en forma directa o excepcionalmente a través de personas naturales o jurídicas COLOMBIANAS, frente a una normatividad general como lo es la Ley 9a. de 1991 y las normas del CONPES expedidas con base en la filosofía de la apertura económica, aquella prevalece, por razón de su especialidad, y se impone su observancia mientras no existe una Ley del Congreso de la República que en materia como la aquí tratada, autorice lo contrario. Por ello, hay lugar a decretar la nulidad de los incisos 1o. y 2o. del acto que se acusa, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

En lo tocante al inciso final del acto impugnado, que fue objeto de la medida de suspensión provisional y que señala:

> "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 de otros socios, de conformidad con las reglas contenidas en los artículos 6o. y 7o. del Decreto 2824 de 1991".

Es menester hacer las siguientes precisiones:

Ciertamente el criterio que se ha tenido en cuenta para acceder a decretar la medida precautelativa de suspensión provisional del acto demandado y consecuencialmente, por no haber desaparecido las circunstancias que la motivaron, a encontrar mérito para declarar su nulidad, consiste en la prohibición por parte de la Ley 72 de 1989 de que intervengan personas extranjeras en el proceso que culmine con la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Sin embargo, del texto del inciso final del artículo 5o. transcrito, se deduce que éste hace referencia ya no a la prestación del servicio de telecomunicaciones como tal, sino al capital extranjero que puede invertirse en la sociedad que participe entre otros, en el proceso de licitación a que alude el citado artículo.

En este sentido tiene asidero el argumento del impugnante en cuanto a que ésta es la única manera en que las sociedades extranjeras puedan intervenir en el proceso de la telefonía celular en el país, ya que este aspecto no toca con el atributo de la nacionalidad (restricción del artículo 5o. de la Ley 72 de 1989), sino que tiene que ver con el patrimonio de la misma y nada impide que una sociedad colombiana pueda conformar parte de su capital con inversión extranjera, conservando su naturaleza de tal.

Entendido así este precepto, ha de concluirse que una sociedad extranjera puede vincularse como socia, en una sociedad colombiana, que es la que puede participar, entre otros, en el proceso licitatorio de que trata el inciso final del artículo 5o. que nos ocupa, y bajo esta perspectiva no hay razón para que dicha disposición sea anulada. Por ello habrá de levantarse la suspensión provisional que la cobijó.

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 incisos 1o. y 2o. del artículo 5o. del Decreto 332 de 24 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

2o. **DENIEGASE** la nulidad del inciso final ibídem, y en consecuencia, **LEVANTASE** su suspensión provisional decretada en providencia de 24 de julio de 1992, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

3o. **DEVUELVASE** la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

NULIDAD PROCESAL-Causales/**FALTA DE NOTIFICACION**-Inexistencia/**TRANSITO DE LEGISLACION/RETROACTIVIDAD DE LA LEY**

El auto del cual se predica su falta de notificación personal al agente del Ministerio Público, se dictó cuando ya estaba vigente el Decreto 2651 de 1991, y, en segundo término, que en cuanto el artículo 127 del C.C.A. dispone que las providencias deben todas notificarse personalmente al Ministerio Público, ha sido modificado —temporalmente— conforme al inciso segundo del artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, que debe interpretarse teniendo en consideración la finalidad de este estatuto legal, cual es la de descongestionar los despachos judiciales. No puede ser otro el sentido y alcance de lo que dispone esta norma, sino el de limitar la notificación personal de las providencias en los procesos contenciosos administrativos al Ministerio Público a los autos sobre admisión de demanda, lo cual quiere decir que para los demás proveídos será suficiente que se surta su notificación por estado, tal y como ha ocurrido en el evento sub-lite, y lo ha venido haciendo la Corporación.

Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Primera. Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2117. Actor: *Inversiones Gaviria Limitada.*

Procede esta Seccion en Sala Unitaria a resolver la petición de nulidad procesal formulada por el apoderado de la parte actora, visible a folios 6, 7 y 8 de este cuaderno (el número 9).

ANTECEDENTES

El apoderado de la parte actora interpuso el 11 de junio de 1992 (fl. 567 del Cdno. principal) recurso de apelación contra el auto de 28 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se decidió el incidente de liquidación de perjuicios, propuesto el 6 de diciembre de 1983 por la demandante.

Mediante providencia de 28 de agosto de 1992 (fl. 3 del Cdno. No. 9) se corrió traslado a la recurrente por el término legal para efectos de la sustentación de la apelación interpuesta.

Por auto de 14 de septiembre de 1992 (fl. 5 del Cdno. No. 9) se declaró desierto el mencionado recurso y ejecutoriado el auto objeto de la apelación, en virtud a que ésta no fue sustentada, y con fundamento en lo previsto en el inciso 3o. del artículo 213 del C.C.A.

Con fecha 16 de septiembre de 1992, la actora y apelante, en escrito que obra a folios 6 a 8 del Cdno. 9, formula petición de nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de 28 de agosto de 1992, atrás citado, aduciendo que éste no fue notificado personalmente al representante del Ministerio Público ante esta Corporación, como así lo manda el artículo 127 del C.C.A.

En memorial que obra a folios 9 a 13 del Cdno. No. 9, la misma actora interpone, en tiempo, recurso de reposición contra el auto de 14 de septiembre de 1992, y en dicho escrito manifiesta que como tal impugnación gira sobre los mismos puntos de derecho de la petición de nulidad aludida en el párrafo que antecede, solicita "*que los argumentos aquí expuestos den alcance y se entienda que complementan aquellos argumentos expuestos en mi escrito de septiembre 16*". (la subraya es del texto).

Aquellos argumentos consisten básicamente en que, dice el apoderado de la actora, la interpretación que ha dado el Consejo de Estado al artículo 56 del Decreto 2651 de 1991 es equivocada, porque su texto no contradice el artículo 127 del C.C.A., pues lo que hace es repetirlo, ya que "la admisión de la demanda" expresión a la cual se refiere aquella norma, hace parte del género "todas las providencias", expresión que contempla esta última disposición; lo cual constituye un claro ejemplo de la denominada "Redundancia Normativa".

Por auto de 8 de octubre de 1992 (fl. 21 del Cdno. No. 9) se corrió traslado "a las otras partes por el término de tres (3) días".

Dentro de dicho traslado el apoderado judicial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá se opone a la petición de nulidad procesal, arguyendo, en esencia, que no es correcto lo aducido por el recurrente ya que intenta que se le aplique a la situación *sub-judice* una norma cuya vigencia está suspendida por el Decreto 2651 del 1991, y que, además, en ningún momento se viola el derecho de defensa de la parte recurrente (fl. 23 del Cdno. 9).

CONSIDERACIONES

El apoderado de la actora, al solicitar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 28 de agosto de 1992, se apoya en que conforme al artículo 127 del C.C.A. al Agente del Ministerio Público "se le notificarán personalmente todas las providencias". Pero como esta formalidad se omitió en relación con aquella providencia, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el inciso segundo del numeral 9 del artículo 140 del C. de P.C., que es del siguiente tenor:

> "Artículo 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
>
> ..... 9.
>
> Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla".

El Presidente de la República, "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el aparte e) del artículo transitorio 5 de la Constitución Política..." expidió el Decreto 2651 de 1991, el cual dispuso en su artículo 1o. que "por el término de cuarenta y dos (42) meses se adoptan las disposiciones contenidas en el presente decreto, encaminadas a descongestionar los despachos judiciales".

Dicho decreto fue expedido el 25 de noviembre de 1991 y empezó a regir el 10 de enero de 1992 según lo estableció el inciso final de su artículo 62.

Este mismo artículo previene en su primer inciso que

> "Salvo disposición en contrario, en los proceso iniciados antes, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr y las notificaciones que se están surtiendo, se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación...".

El artículo 56 del señalado decreto estatuye en su inciso final que

> "*Al Ministerio Público deberá notificársele personalmente la admisión de la demanda* y podrá alegar dentro del mismo término del que disponen las partes para ello, cuando sea el caso" (subraya la Sala).

De las anteriores preceptivas se deduce, en primer lugar, que el auto de 28 de agosto de 1992, del cual se predica su falta de notificación personal al Agente del Ministerio Público, se dictó cuando ya estaba vigente el citado decreto 2651 de 1991 y, en segundo término, que en cuanto el artículo 127 del C.C.A. dispone que las providencias deben *todas notificarse personalmente* al Ministerio Público, ha sido modificado —temporalmente—, conforme al inciso segundo del artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, que debe interpretarse teniendo en consideración la

finalidad de este estatuto legal, cual es la de descongestionar los despachos judiciales.

No otro puede ser el sentido y alcance de lo que dispone esta norma, sino el de limitar la notificación personal de las providencias en los procesos contenciosos administrativos al Ministerio Público a los autos sobre admisión de demanda, lo cual quiere decir que para los demás proveídos será suficiente que se surta su notificación por estado, tal y como ha ocurrido en el vento *sub-lite*, y lo ha venido haciendo la Corporación.

Resulta entonces juiciosa la observación del apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá cuando manifiesta "que *no es correcto* lo aducido por el recurrente ya que intenta que se le aplique a la situación *sub-judice* una norma anterior, abstrayéndose del decreto aplicable en el momento" (la subraya es del texto).

Pretender interpretar, como lo hace la actora, que lo que se consagra en el tantas veces citado artículo 56 del Decreto 2651 de 1991 es un caso de "Redundancia normativa", resulta igualmente incorrecto, pues aceptarlo entrañaría desconocer y desnaturalizar la clara y categórica finalidad de aquel estatuto, consagrada expresamente en el también pretranscrito artículo 1o.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Despacho

RESUELVE:

Primero. DENEGAR la nulidad solicitada.

Segundo. En firme este proveído, vuelva el negocio al Despacho para proveer.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

DECOMISO ADMINISTRATIVO/LICENCIA DE AGENTE DE ADUANA-Cancelación/**AGENTE DE ADUANA**

El introducir al territorio nacional mercancía no amparada o diferente a la amparada en el registro o licencia de importación, como falta administrativa que es, constituye una infracción a la Ley, en este caso el Decreto 2666 de 1984, y por ende sirve de fundamento para la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 1o. del Decreto 1467 de 1951. Por ello, ha de entenderse que el decomiso administrativo, como sanción en relación con la mercancía, no excluye las sanciones para los intermediarios o Agentes de Aduana, respecto de los cuales el citado artículo 1o. consideró como sujetos pasivos de la sanción de cancelación de la licencia y conforme al artículo 2o. del Decreto 2666 de 1984, están obligados al cumplimiento de las normas contenidas en dicho Decreto.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2156. Recurso de apelación contra la sentencia de 15 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: *Agencia de Aduanas Hermín Suárez Manjarres.*

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la actora contra la sentencia de 15 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 0013 de 31 de agosto de 1988, de la Subdirección de Investigaciones y Control de la Dirección General de Aduanas; 0007 de 9 de octubre de 1989, de la Jefatura de la Oficina de Control, y 0760 de 6 de marzo de 1990 del

Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de las cuales se canceló a la demandante la licencia como Agente de Aduanas.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda, el fallador de primer grado consideró (folios 378 a 380 cuaderno No.1):

1. Frente a lo alegado por la actora en cuanto a que para introducir la mercancía al país, actuó como simple intermediario tramitador y no como declarante, obra a folio 52 del cuaderno No.1 la prueba de que el propietario de la mercancía Orlando Ospina Arango, en el documento de transporte que ampara la mercancía, endosó en forma pura y simple el original del BL No. LV44 a favor del Agente de Aduanas Hermin Suárez Manjarres.

2. Conforme al sentido de los artículos 655 del C. de Co. y 3o. inciso 1o. de la Instrucción No. 001 de 1985, la nota de endoso colocada por el propietario de la mercancía en el documento de transporte, le dá a la Agencia de Aduanas HERMIN SUAREZ MANJARRES, la calidad de declarante en la realización de todos los trámites para la nacionalización de las mercancías.

3. En torno al argumento de la demandante de que para la fecha de ocurrencia de los hechos (17 de octubre de 1986), estaba vigente y era aplicable el Decreto 1467 de 27 de junio de 1951 y no el Decreto 1657 de 17 de agosto de 1988, es valedero el concepto del colaborador fiscal en el sentido de que las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, además que los preceptos del Decreto 1657 de 1988 presentan la misma esencia de las disposiciones del Decreto 1467 de 1951.

4. El trámite adelantado por la Dirección General de Aduanas estuvo en un todo conforme con los procedimientos aplicables sobre la materia; no violó el derecho de defensa; se observaron las formas propias de cada juicio y por lo tanto no se ha desvirtuado la legalidad que ampara a los actos impugnados.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los motivos de inconformidad que aduce la recurrente frente a la providencia apelada, pueden resumirse así: (folios 381 a 383 ibídem).

1. Los hechos que dieron origen a la investigación administrativa que culminó con la cancelación de la licencia de funcionamiento, ocurrieron el 17 de octubre de 1986, cuando se encontraba rigiendo el Decreto 1467 de 27 de junio de 1951, en cuyos artículos no se contempla disposición alguna que conlleve a la cancelación de la licencia por presentarse exceso de mercancías al nacionalizarlas. Esta figura está consignada expresamente en el artículo 310 del Decreto 2666 de 1984 y para la que se prevé el decomiso del exceso, independientemente de que el Agente de Aduanas haya intervenido como mandatario o declarante, y no establece sanción alguna para el Agente ni su tramitador, pues no lo considera una con-

ducta punible, ya que el Agente de Aduana actúa como mandatario y se ciñe a plasmar en el manifiesto la información y documentación que le entrega el interesado, sin tener contacto con el vendedor ni con el embarcador ni con la mercancía al momento de su ingreso al país, sino cuando ha llegado al territorio nacional.

2. Es el funcionario aduanero el que detecta generalmente el exceso cuando practica el aforo o reconocimiento de la mercancía, y cuando la demandante presentó la documentación en la Aduana, no se detectó ningún exceso. Sólo en el trayecto hacia Cali fue cuando se realizó la aprehensión de la misma, poniéndose a disposición de la Jurisdicción Penal Aduanera, la cual en sentencia de 21 de Marzo de 1991 absolvió al importador Octavio Fong Mancera por haberse probado el error en el despacho que realizó la firma Miller International Corp.

3. Aunque el Decreto 1657 de 1988 dice referirse al régimen aduanero en materia procesal, su contenido contempla normas sustantivas que describen conductas que conllevan sanciones, y nadie puede ser sancionado por un hecho que al tiempo en que se cometió, no estaba contemplado como punible en el ordenamiento legal vigente.

4. Existe menoscabo en el derecho de defensa cuando las normas vigentes preveían la interposición de los recursos de reposición y apelación ante diferentes funcionarios, y el Decreto 1657 de 1988 establece que sólo se surtan ante la Dirección General de Aduanas, convirtiéndose ésta en juez y parte.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El fundamento del recurso se circunscribe en torno de la aplicabilidad o no del decreto 1657 de 1988.

Para dirimir la controversia, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

1. En la parte motiva de la Resolución No. 0013 de 31 Agosto de 1988 (folio 156 cuaderno No. 1), confirmada por las Resoluciones Nos. 007 de 9 de octubre de 1989 y 0760 de 6 de marzo de 1990 (folios 251 a 252 y 264 a 265 *ibídem*), se dejó establecido que la falta de la demandante consiste en la tentativa de introducción ilegal a territorio nacional de mercancía que no se encontraba amparada, toda vez que este sujeto procesal (agente de aduana), tenía la obligación de responder porque las mercancías objeto de despacho coincidieran con las amparadas, y que tal conducta aparece descrita como falta tanto en el Decreto 1467 de 1951 como en el Decreto 1657 de 1988.

2. Según la recurrente dicha conducta no aparece descrita como falta en el Decreto 1467 de 1951, vigente para la época en que sucedieron los hechos, sino

que la figura de presentarse exceso de mercancías al nacionalizarlas se contempla en el Decreto 2666 de 1984 y para la cual sólo se prevé como sanción el decomiso administrativo de dicho exceso.

Es preciso entonces estudiar el contenido y alcance de las normas que regulan la materia que nos ocupa.

Preceptúa el artículo 1o. del Decreto 1467 de 1951:

> "El Director General de Aduanas podrá anular, suspender o cancelar cualquier licencia de agente de aduana por las siguientes causas:
>
> 1a. Por cancelación, caducidad o expiración de la fianza;
>
> 2a. Por infracción de las leyes, decretos y reglamentos, y
>
> 3a. Por ocurrir alguna circunstancia que descalifique o inhabilite legalmente a la persona para gozar de la licencia".

Según el artículo 2o. del Decreto 2666 de 1984, están obligados al cumplimiento de las normas de dicho Decreto, entre otros, los Agentes de Aduana.

Este Decreto en su artículo 311 señaló:

> "Mercancía diferente a la amparada por el registro o licencia. Si la mercancía importada no coincide con la amparada por el registro o licencia de importación, el administrador de la aduana procederá a ordenar el decomiso administrativo. Igual procedimiento se seguirá si carece de estos documentos".

Conforme al artículo 314 *ibídem*, el decomiso administrativo es el acto mediante el cual el administrador de la aduana declara de propiedad de la Nación una mercancía, como consecuencia de la configuración de una falta administrativa.

El artículo 335 *ibídem*, señala expresamente que continúa vigente el Decreto 1467 de 1951.

Según obra a folio 18 del cuaderno No. 1, el 16 de octubre de 1986 se produjo la aprehensión de mercancías por parte del Resguardo Nacional de Aduanas en la Ciudad de Cali, que dió lugar a la iniciación de las diligencias administrativas correspondientes en las cuales se formuló el 22 de junio de 1988, pliego de cargos a la Agencia de Aduanas Hermín Suárez Manjarres, por introducir mercancía a territorio aduanero sin presentarla o declararla ante la autoridad aduanera, lo que a la postre determinó la expedición de los actos acusados.

Esta conducta, conforme al artículo 311 del Decreto 2666 de 1984, constituye una falta administrativa, que según la recurrente trae como única consecuencia el decomiso del exceso mas no la sanción de cancelación de la licencia de funcionamiento.

Al respecto advierte la Sala que si el artículo 335 *ibídem*, aplicable para la época en que sucedieron los hechos, reconoció expresamente vigencia a las normas del Decreto 1467 de 1951, y dichas disposiciones consagran como causal de

anulación, suspensión o cancelación de la licencia de Agente de Aduana, la infracción de las Leyes, Decretos y Reglamentos, forzoso es concluir que el introducir al territorio nacional mercancía no amparada o diferente a la amparada en el registro o licencia de importación, como falta administrativa que es, constituye una infracción a la Ley, en este caso el Decreto 2666 de 1984, y por ende sirve de fundamento para la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 1o. del Decreto 1467 de 1951. Por ello, ha de entenderse que el decomiso administrativo, como sanción en relación con la mercancía, no excluye las sanciones para los intermediarios o Agentes de Aduana, respecto de los cuales el citado artículo 1o. consideró como sujetos pasivos de la sanción de cancelación de la licencia, y conforme al artículo 2o. del Decreto 2666 de 1984, están obligados al cumplimiento de las normas contenidas en dicho Decreto.

De otra parte, prescribe el artículo 4o. del tantas veces citado Decreto 2666 de 1984, que: "El declarante será responsable de la veracidad y exactitud de los datos consignados en la declaración", y, en el evento *sub-lite*, la demandante actuó en calidad de tal, como consta a folios 22, 42 y 55, en que se lee:

> *"Declaro bajo la gravedad de juramento que las informaciones consignadas en estos documentos son verdaderas y completas".*

Dichos documentos contentivos de la declaración, corresponden a las mercancías amparadas Nos. 11549, 11812 y 11813, respecto de las cuales se produjo la aprehensión (folio 20 *ibídem*) que originó la iniciación de las diligencias administrativas y la formulación de cargos de 22 de junio de 1988 que obra a folios 135 a 139.

No puede pensarse que el Agente de Aduana haya obrado como mandatario, pues del contenido del inciso 3o. del artículo 4o. del Decreto 2666 de 1984 que señala que "cuando el agente de aduana no sea declarante y únicamente intervenga en el trámite de despacho de las mercancías sólo responderá por las obligaciones como mandatario...", se infiere claramente que o se obra como declarante o se obra como mandatario, si no se interviene en la declaración, y, como ya se vió, la demandante obró como declarante y en tal condición es responsable por las inexactitudes que bajo juramento consignó en los documentos que dieron lugar a la investigación.

Finalmente, el Decreto 1657 de 1988, no hace más que recoger la esencia de las disposiciones del Decreto 2666 de 1984, en cuanto califica a los Agentes de Aduana como sujetos procesales que deben cumplir las obligaciones impuestas por la Legislación Aduanera, obligaciones éstas dentro de las cuales está la de indicar correctamente en la declaración el valor de las mercancías, describiéndolas y clasificándolas, imponiéndoles responsabilidad cuanto esta no coincida con las amparadas por los registros y/o licencias correspondientes, así como consagra la sanción de suspensión o cancelación de la licencia de funcionamiento, materias todas estas que como ya se dijo, estaban contenidas en el Decreto 2666 de 1984 y 1467 de 1951, aplicables al caso que nos ocupa.

Por las anteriores razones no encuentra la Sala que tengan asidero los argumentos de la recurrente en lo que respecta a la aplicación del Decreto 1657 de 1988, pues como se ha demostrado, la falta cometida y la sanción impuesta tenían consagración legal para la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos objeto de los actos acusados.

En lo tocante a la violación del derecho de defensa, al haberse surtido el trámite de los recursos conforme al Decreto 1657 de 1988, tampoco tiene vocación de prosperidad tal argumento, dado que la materia relativa a la interposición de los recursos, por tener carácter procedimental, y, en consecuencia, ser de aplicación inmediata, se sujeta a las disposiciones vigentes al momento en que deban surtirse.

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 15 de Julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

CONDENASE al pago de costas de la segunda instancia a la recurrente. Tásanse por Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CONCEJO MUNICIPAL/SESIONES EXTRAORDINARIAS-Temporalidad/**SESIONES EXTRAORDINARIAS**-Limitaciones

Si el artículo 315-8 de la Constitución se aplica en concordancia con el inciso segundo del artículo 138, que prevé expresamente la convocatoria del Congreso a sesiones extraordinarias por el gobierno "durante el tiempo en que éste señale", debe entenderse indiscutible que la convocatoria a sesiones extraordinarias de las diferentes corporaciones públicas debe ser por un tiempo determinado. El decreto demandado también es ilegal al establecer que durante las sesiones extraordinarias del concejo "legislará (sic) solamente sobre los acuerdos que presente el ejecutivo municipal", pues es de la esencia de esta institución de las sesiones extraordinarias, que durante ellas la corporación "sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado", de donde se desprende que o puede ser en abstracto para ocuparse de "los acuerdos que presente el ejecutivo municipal" sin concretarlos en el mismo acto de convocatoria.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto No. 057 del 19 de junio de 1992, dictado por el Alcalde del Municipio de Ayapel.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 2226. Actor: *Luis Gabriel Solano Flórez*

Procede la Sección Primera a resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Ayapel, contra el auto de fecha 31 de agosto de 1992, en cuanto en él se dispuso la suspensión provisional del Decreto No. 057 del 19 de junio de 1992, dictado por el Alcalde del citado municipio, "por medio del cual se prorroga (sic) las sesiones extraordinarias del H. Concejo Municipal".

I. EL ACTO DEMANDADO Y SUSPENDIDO

El Decreto No. 057 del 19 de junio de 1992, fue expedido por el Alcalde del Municipio de Ayapel, "en uso de sus funciones legales y en especial las que le confiere el artículo 132 numeral 7o. del Código de Régimen Político Municipal" (sic), y su parte resolutiva expresa (fls. 4 y 5 Cdno. Principal).

> "*Artículo Primero.* Prorróguese (sic) por tiempo indefinido las sesiones extraordinarias del H. Concejo Municipal.
>
> "*Artículo Segundo.* La H. Corporación legislará solamente sobre los acuerdos (sic) que presente el ejecutivo municipal.
>
> "*Artículo Tercero.* El presente Decreto rige desde la fecha de expedición".

II. EL AUTO RECURRIDO

Al admitir la demanda y resolver la solicitud de suspensión provisional, el Tribunal Administrativo de Córdoba, con fundamento en los artículos 315 numeral 8 de la Constitución Política de 1991 y 79 del Código de Régimen Municipal, invocados por el actor, decretó la suspensión provisional del decreto acusado, considerando que de su sola confrontación con la norma constitucional citada, surge claramente la violación por cuanto al prorrogar las sesiones extraordinarias, expresión que podría entenderse como "convocar" a sesiones extraordinarias, sin que la imprecisión de los vocablos utilizados pudiera por sí sola generar la violación, al preverse por tiempo indefinido sí se presenta la inconstitucionalidad, ya que "estaría abarcando las sesiones ordinarias de los concejos con las consecuencias de como en las sesiones extraordinarias no puede ocuparse sino de los temas que específicamente le señale el Alcalde, le estaría recortando la facultad constitucional que tienen los concejos de legislar en asuntos municipales libremente".

Además, agrega el *a-quo*, el artículo 2o. también es claramente ilegal, "pues una cosa es que el concejo en las sesiones extraordinarias solo se pueda ocupar de los temas o materias que el decreto de convocatoria del Alcalde le señale y otra muy distinta es que solo se pueda ocupar de los acuerdos que presente el ejecutivo municipal".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Al interponer el recurso de apelación, el apoderado de la parte demandada lo sustenta en los siguientes argumentos (fls. 51 a 57 del Cdno. Principal):

Que si bien es cierto que el Alcalde expidió el decreto acusado (057 de junio 19 de 1992), mediante el cual prorrogó las sesiones extras del Concejo, también es cierto que el actor guardó silencio a otros decretos proferidos por el Alcalde sobre el mismo tema y que explican la situación. Dichos decretos son los siguientes:

1. Decreto 049 de junio 12 de 1992, por el cual convocó a sesiones extraordinarias al Concejo, a partir del 15 y hasta el 20 de junio del mismo año (fl. 44).

2. Decreto 057 del 19 de junio de 1992 (decreto acusado), por el cual decidió "con un poco de imprecisión", prorrogar por tiempo indefinido las sesiones extraordinarias, lo cual no obstante, dice el recurrente, se debe interpretar con sana lógica, "que ellas llegan hasta cuando por ley empiezan las ordinarias (para el caso en examen sería hasta el 31 de julio, pues el 1o. de agosto el H. Concejo debía reunirse, por derecho propio y mandato legal, y sin necesidad de que el Alcalde lo convocara)".

3. Decreto 081 del 8 de julio de 1992 (fl. 42), mediante el cual el alcalde, "con el fin de prevenir suspicacias de leguleyos y enemigos políticos...", decidió corregir el decreto anterior y "convocar" nuevamente a sesiones extras hasta el 25 del mismo mes de julio, lo cual debe entenderse como una nueva prórroga, ya que "el alcalde utiliza indistintamente dichos términos".

4. Decreto 127 del 27 de julio de 1992, por el cual se "convoca" nuevamente al concejo a sesiones extraordinarias, hasta el 29 de julio, debido a que no fue posible evacuar los proyectos de acuerdo propuestos.

5. Decreto 126 del 29 de julio de 1992, por el cual se "convoca" nuevamente al consejo a sesiones extraordinarias hasta el 31 de julio, puesto que el 1o. de agosto se iniciaban las sesiones ordinarias.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizados los argumentos planteados por el recurrente, la Sala encuentra que si bien es cierto que el Tribunal no contó con todos los elementos de juicio que ahora aparecen en el expediente, la medida de suspensión provisional debe mantenerse por las siguientes razones:

1o. Para decretar la medida de suspensión el Tribunal no consideró fundamental el hecho de que el decreto acusado utilizara el verbo "prorrogar", pues para el caso lo entendió como "convocar", advirtiendo que la imprecisión de los términos no generaba por sí sola ninguna violación. En consecuencia, si de los acuerdos desconocidos por el Tribunal y ahora allegados al expediente resulta que el alcalde sí había convocado con anterioridad al concejo a sesiones extraordinarias (Decreto 049 de junio 12 de 1992), ello quiere decir que la finalidad del decreto acusado sí era la de "prorrogar" dichas sesiones, lo cual no contradice ninguna de las normas citadas por el actor, pero tampoco le resta fundamento a la decisión del Tribunal.

2o.- La Sala considera que le asiste razón al Tribunal en el argumento según el cual al pretender unas sesiones extraordinarias indefinidas (sea por convocatoria o por prórroga), el decreto acusado violó el artículo 315, numeral 8 de la Constitución, de acuerdo con el cual, "son atribuciones del alcalde: ...8... convocarlo (al concejo) a sesiones extraordinarias, en las que solo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado". La Sala agrega que si la norma anterior se aplica en concordancia con el inciso segundo del artículo 138 de la Carta, que

prevé expresamente la convocatoria del congreso a sesiones extraordinarias por el gobierno "durante el tiempo que este señale", debe entenderse indiscutible que la convocatoria a sesiones extraordinarias de las diferentes corporaciones públicas debe ser por un tiempo determinado. Frente a lo anterior, la Sala responde al recurrente que el hecho de que posteriormente se haya expedido otro decreto (el 081 del 8 de julio de 1992), mediante el cual se convoca nuevamente a sesiones extraordinarias al concejo ahí sí por un tiempo determinado, y que pretende presentarse como una prórroga y justificarse "con el fin de prevenir suspicacias de leguleyos y enemigos políticos", no hace desaparecer la inconstitucionalidad del decreto demandado, por la sencilla razón de que el decreto posterior no puede producir efectos retroactivos.

3o.- La Sala comparte igualmente la consideración del Tribunal en el sentido de que el artículo 2o. del decreto demandado también es claramente ilegal al establecer que durante las sesiones extraordinarias del concejo "legislará (sic) solamente sobre los acuerdos que presente el ejecutivo municipal", pues es de la esencia de esta institución de las sesiones extraordinarias, como lo indica el artículo 315-8 de la Constitución, que durante ellas la corporación "solo se ocupará de los temas y materias *para los cuales fue citado*", de donde se desprende que no puede ser en abstracto para ocuparse de "los acuerdos que presente el ejecutivo municipal" sin concretarlos en el mismo acto de convocatoria. La Sala hace notar, adicionalmente, que el recurrente no presenta ningún argumento frente a esta consideración del Tribunal.

4o.- Como el artículo 3o. del decreto acusado no solo se refiere a la vigencia, esta queda necesariamente afectada por la medida de suspensión provisional, sin que sean del caso más consideraciones.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMASE la suspensión provisional del Decreto No. 057 del 19 de junio de 1992, dictado por el Alcalde del Municipio de Ayapel, decretada por el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante auto de fecha 31 de agosto de 1992.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fué discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

TECNICO ELECTRICISTA-Matrícula/**INGENIERO ELECTRICISTA**-Matrícula/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Límites

No obstante ser el campo de acción de los Ingenieros Electricistas, mucho más amplio que el de la profesión de Técnico Electricista dada la mayor cobertura envergadura de las obras realizadas por aquellos y que les permitirá en un momento dado ejecutar obras menores como las asignadas a estos, el haber exceptuado el parágrafo acusado la obligación de la matrícula por parte de los Ingenieros Electricistas, que es la que faculta para el ejercicio de cualquier profesión, ciertamente excede la finalidad de la ley.
DECLARA LA NULIDAD del parágrafo del artículo 23 del Decreto 991 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

TECNICO ELECTRICISTA/EJERCICIO DE PROFESIONES- Reglamentación

Si el espíritu de la Ley 19 de 1990, al reglamentar el ejercicio de la profesión de Técnico Electricista, ha sido el de propender porque quien se dedique a tal actividad acredite idoneidad o suficientes conocimientos para desarrollar su labor, nada impide que dichos conocimientos se profundicen en las diferentes áreas que comprenden el campo de la electricidad, y que a medida que se vayan adquiriendo, consten en la respectiva matrícula, lo que los hace acreedores a mayores beneficios y ventajas frente a quienes día a día buscan encomendar este tipo de labores a personas con suficiente capacidad para ejecutarlas.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., catorce de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 2120. Acción de nulidad contra el Decreto reglamentario No. 991 de 12 de abril de 1991, expedido por el Gobierno Nacional. Actora: *Magdalena Inés Correa Henao*

La ciudadana MAGDALENA INES CORREA HENAO, obrando en su propio nombre y 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 1o., 2o., 3o, 4o., 5o. literal b), 6o., 8o., 13 literal a), 18, 19, 20 y parágrafo del artículo 23 del Decreto 991 de 12 de abril de 1991, expedido por el Gobierno Nacional "por el cual se reglamenta la Ley 19 de 1990 y se dictan otras disposiciones".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala la demandante como infringidos con el acto acusado, la Ley 19 de 1990 y los artículos 121 y 333 de la Constitución Política.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. El Decreto reglamentario establece en sus dos primeros artículos una distinción no autorizada por la Ley, entre técnicos electricistas de "nivel medio" y "auxiliares de Ingenieros Electricistas", pues en el texto legal no se ha previsto la existencia de dos tipos o clases de profesiones.

2. En los artículos 3o., 4o., 8o, 13 literal a), 18, 19 y 20, también se vulneran las normas indicadas anteriormente pues se traza una clasificación por cuya virtud el ejercicio de la profesión no solo se restringe con la imposición prevista en la Ley, según la cual es lícito ejercerla sólo cuando se esté matriculado, sino que se determina que únicamente se la puede ejercer en la subespecialidad señalada por el Decreto, lo que hace que para poder practicar la profesión en las demás actividades se requiera acreditar nuevos títulos y estar matriculado como tal en atención a los mismos.

3. El artículo 6o. del acto acusado sólo se refiere a los técnicos denominados del "nivel medio", para los cuales el Ministerio de Minas y Energía tiene competencia para expedir su matrícula, pero para los técnicos que solicitan matrícula para el ejercicio de la profesión como "auxiliares de Ingenieros" no se ha previsto el organismo competente que expida tal autorización, lo que origina un vacío normativo que da al traste con los derechos que como profesionales tienen los auxiliares electricistas y hace que se establezca una diferenciación discriminatoria entre sujetos iguales ante la Ley.

4. Es también contrario a la Ley el artículo 5o. literal b), al imponer una vigencia de tres meses a los certificados expedidos, término que no fue dispuesto por la Ley. Y, en cuanto al parágrafo del artículo 5o. excede la potestad reglamentaria al permitir la prueba del ejercicio de la profesión por otros medios distintos de los establecidos por la Ley.

5. El parágrafo del artículo 23 al establecer la excepción conforme a la cual los ingenieros electricistas pueden fungir como técnicos electricistas, no sólo sin ha-

ber estudiado esta profesión sino además sin necesidad de obtener la respectiva matrícula, está constituyendo un privilegio en favor de los ingenieros, que además de inequitativo no fue autorizado por la ley.

II. ACTUACION

Por auto de 8 de septiembre de 1992 se admitió la demanda, ordenándose notificar a la Nación-Ministerio de Minas y Energía—, quien a través de apoderada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, aduciendo que el interés primordial del Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 19 de 1990 a través del Decreto acusado, no fue otro que el de hacer viable el desarrollo y ejecución de la mencionada Ley, la cual se reduce a dar el marco general para el ejercicio de las profesiones de técnico electricista, sin entrar en precisiones ni especificaciones que resultan innecesarias para su materialización.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

A través de la Ley 19 de 1990 "se reglamenta la profesión de Técnico Electricista en el territorio nacional".

Dicha Ley dispone en su artículo 1o.:

> "*Definición*: Entiéndese como Técnico Electricista a la persona que se ocupa en el estudio y las aplicaciones de la electricidad y ejerce a nivel medio o como auxiliar de los ingenieros electricistas o similares".

Preceptúan los artículos 1o. y 2o. del Decreto 991 de 1991:

> "Artículo 1o. Entiéndese que constituyen ejercicio a nivel medio de la profesión de Técnico Electricista, de que trata el artículo 1o. de la Ley 19 de 1990, las siguientes actividades:
>
> a) La colaboración en el estudio, análisis, control técnico y perfeccionamiento de la fabricación de máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos;
>
> b) La preparación de programas de trabajo, presupuestos de cantidades, costos de los materiales y/o mano de obra, relacionados con máquinas eléctricas, equipos eléctricos y accesorios electrónicos para instalaciones eléctricas de producción, distribución y consumo de energía eléctrica;
>
> c) El estudio y análisis para el mantenimiento y reparación de máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos y construcción y

montaje de instalaciones de producción, distribución y consumo de energía eléctrica.

d) La vigilancia e intervención de los auxiliares e instaladores en la ejecución de pruebas, tomas de lecturas, regulación de instrumentos, anotación de observaciones, aseguramiento de condiciones y normas de seguridad, inspección y comprobación del trabajo terminado de instalaciones eléctricas, máquinas eléctricas, equipo eléctrico y accesorios electrónicos de producción, distribución y consumo de energía eléctrica".

Artículo 2o. "Entiéndese que constituye ejercicio como auxiliar de los Ingenieros Electricistas de la Profesión de Técnico Electricista de que trata el artículo 1o. de la Ley 19 de 1990, la realización de actividades y labores relacionadas con el estudio y las aplicaciones de la electricidad que requieren la dirección, coordinación y responsabilidad de Ingenieros Electricistas".

Según la actora, los artículos transcritos del Decreto 991 de 1991 hacen una distinción no autorizada por la Ley entre técnicos electricistas de nivel medio y auxiliares de ingeniería.

Observa la Sala que la Ley 19 de 1990 que reglamenta la profesión de Técnico Electricista, expresamente al definir en su artículo 1o. lo que debe entenderse por tal, prevé que dicha persona pueda ejercer su profesión A NIVEL MEDIO o como AUXILIAR DE LOS INGENIEROS ELECTRICISTAS. De tal suerte que el Decreto 991 de 1991, no hace más que precisar las actividades que a nivel medio o como auxiliar puede desempeñar el Técnico Electricista, requiriéndose para el último caso de la dirección, coordinación y responsabilidad de los Ingenieros Electricistas.

No asiste pues razón a la actora cuando afirma que la Ley 19 de 1990 no hizo tal distinción, pues como ya se dijo, la citada ley consagra dos modalidades. Por lo anterior no se advierte la violación aducida por exceso en la potestad reglamentaria.

En cuanto a la violación por parte de los artículos 3o, 4o., 8o, 13 literal a), 18, 19 y 20 que regulan lo relativo a las clases de matrícula que otorga el Ministerio de Minas y Energía de acuerdo con la clasificación de actividades; la ampliación de dichas matrículas en caso de adelantarse por parte de los Técnicos Electricistas estudios que les confieran títulos en otras especialidades; el derecho de ejercer la profesión en todo el país que le da al interesado la matrícula expedida; las funciones que el Consejo de Técnicos Electricistas tiene para estudiar las solicitudes de matrículas y proponer al Ministerio de Minas y Energía la respectiva clasificación; la posibilidad para los Técnicos Electricistas de inscribirse ante la Nación, los Departamentos, Municipios y entidades descentralizadas a fin de poder efectuar obras que correspondan a su actividad y poder participar en las licitaciones que abran dichas entidades, y la obligación de que en los contratos celebrados se encomiende la dirección y ejecución de los trabajos de obras eléctricas a Técnicos matriculados so pena de que opere la caducidad administrativa, que hace consistir la demandante en que al establecer dichas normas sus especialidades en virtud de

la clasificación de actividades, se restringe la práctica de la profesión pues ello conlleva a exigir nuevos títulos y obtener matrícula respecto de los mismos, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Conforme al artículo 3o. de la Ley 19 de 1990:

> "Para ejercer la profesión de Técnico Electricista en el territorio nacional, deberá obtenerse la respectiva matrícula expedida por el Ministerio de Minas y Energía, mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> a) Los egresados de las instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional o Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES, deberán solicitar matrícula por intermedio del Consejo Nacional de Técnicos Electricistas o de los Comités Seccionales.
>
> Para el efecto deberán acreditar: certificado de haber cursado y aprobado íntegramente el plan de estudio de las facultades o escuelas técnica de enseñanza de la electricidad, debidamente reglamentadas y aprobadas por el Gobierno Nacional...".

De lo anterior se deduce que la Ley 19 de 1990 ha señalado unos parámetros para el ejercicio de la profesión de Técnico Electricista, a saber: la idoneidad para desempeñar la profesión, que la da el haber cursado y aprobado el plan de estudios, esto es, el haber adquirido los conocimientos necesarios para el cabal ejercicio de tal profesión, y, la matrícula respectiva.

El texto de los artículos acusados, contrario a lo que afirma la actora, al prever una clasificación de actividades que permitan a los Técnicos Electricistas realizar labores más especializadas que las contenidas en los artículos 1o. y 2o. ya transcritos, lejos de restringir el ejercicio de la profesión le da a aquellos la oportunidad de que adquieran conocimientos más avanzados y por ende les amplía su radio de acción.

De manera pues que si el espíritu de la Ley 19 de 1990, al reglamentar el ejercicio de la profesión de Técnico Electricista, ha sido el de propender porque quien se dedique a tal actividad acredite idoneidad o suficientes conocimientos para desarrollar su labor, nada impide que dichos conocimientos se profundicen en las diferentes áreas que comprenden el campo de la electricidad, y que a medida que se vayan adquiriendo, consten en la respectiva matrícula, lo que los hace acreedores a mayores beneficios y ventajas frene a quienes día a día buscan encomendar este tipo de labores a personas con suficiente capacidad para ejecutarlas. Por estas razones el cargo no prospera.

En lo que atañe al cargo en relación con el artículo 6o., por no haberse señalado el organismo competente para expedir la matrícula de los auxiliares de ingeniería, observa la Sala que no tiene vocación de prosperidad dado que el Decreto 991 de 1991 tuvo por objeto reglamentar la Ley 19 de 1990, ley esta que reguló el ejercicio de la profesión de Técnico Electricista, más no el de auxiliar de ingeniería. Por ello, el vacío normativo a que alude la demandante no constituye una discriminación entre sujetos iguales ante la ley, sino que simplemente será a través de otra reglamentación en que el Gobierno Nacional se ocupe de desarrollar dicha materia.

En lo que se relaciona con el cargo frente al artículo 5o. literal b) y su parágrafo, es preciso analizar el contenido del mismo.

Señala el artículo 5o. literal b):

> "En los casos a que se refiere el literal b) del artículo 3o. de la Ley 19 de 1990, deberán presentarse los siguientes documentos:
>
> 1. Certificación autenticada expedida por asociaciones de Técnicos Electricistas con personería jurídica vigente y antigüedad mínima de cinco (5) años, empresas o personas jurídicas de carácter público o privado relacionadas directamente con las actividades de la construcción o la ingeniería eléctrica, donde conste el ejercicio profesional y la clase de actividad desempeñada, especificando el tipo de proyecto e indicando las fechas de iniciación, terminación y la vinculación contractual correspondiente.
>
> 2. Certificado de existencia, representación legal y objeto social de la persona jurídica que extiende la certificación, expedido con antelación no superior a tres (3) meses...".
>
> "...Parágrafo: En caso de que la persona jurídica que deba expedir la certificación haya dejado de existir, se acudirá a los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil".

La censura que plantea la demandante se circunscribe a que la Ley 19 de 1990 no dispuso una vigencia de tres meses para los certificados y en cuanto al parágrafo, se excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria al permitir la prueba del ejercicio de la profesión por otros medios distintos a los establecidos en la Ley.

Como lo ha manifestado esta Corporación en otras oportunidades, la Ley, por el carácter general que tiene, no puede prever todas y cada una de las circunstancias que se presenten en el momento de su aplicación. Por tal razón el reglamento cumple la función de hacerla expedita, señalando las particularidades que permitan la materialización y concreción de aquella.

En el evento *sub-lite*, no observa la Sala que haya habido exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues el espíritu de la Ley 19 de 1990 en su artículo 3o. literal b) no fue otro que el de exigir la prueba de la idoneidad y ética de quienes no cursaron estudios, requisito este que se demuestra con la certificación a que hacen alusión la citada Ley y el Decreto acusado, sin que tenga incidencia alguna al señalar un término de vigencia para la misma, o ante la imposibilidad de obtener tal certificación, acudir a otro medio probatorio también autorizado por la Ley (Código de Procedimiento Civil), dado que lo que se busca es la comprobación de la idoneidad y la ética, finalidad ésta de la que no se aparta el texto acusado.

En lo tocante al cargo que se hace al parágarfo del artículo 23 y que según la actora constituye un privilegio en favor de los Ingenieros Electricistas, por demás inequitativo y no autorizado por la Ley, estima la Sala que está llamado a prosperar.

Señala el artículo 23:

"No podrán ejercer la profesión de Técnicos Electricistas, quienes no posean la correspondiente matrícula expedida en la forma establecida en el presente Decreto.

Parágrafo: Se exceptúan de lo establecido en el presente artículo los Ingenieros Electricistas".

No obstante ser el campo de acción de los Ingenieros Electricistas, mucho más amplio que el de la profesión de Técnico Electricista da la mayor cobertura y envergadura de las obras realizadas por aquellos y que les permitiría en un momento dado ejecutar obras menores como las asignadas a estos, el haber exceptuado el parágrafo citado la obligación de la matrícula por parte de los Ingenieros Electricistas, que es la que faculta para el ejercicio de cualquier profesión, ciertamente excede la finalidad de la Ley y por ello es viable 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:

1o. DECLARASE la nulidad del parágrafo del artículo 23 del Decreto 991 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

2o. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

3o. DEVUELVASE la suma de dinero depositada para gastos del proceso que no fue utilizada.

4o. COMUNIQUESE al Ministro de Minas y Energía.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CONTRATO DE SEGURO/POLIZA DE SEGUROS/DESCRIPCION

Es preciso, dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro no solamente dé aviso de él al asegurador a más tardar en el término de 20 días contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado, o si no dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurados, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del C. de Co. Las resoluciones dictadas por la Aduana en relación con las pólizas lo fueron extemporáneamente, es decir, cuando ya había transcurrido mucho más de dos años, no sólo después de que la administración debió tener conocimiento del incumplimiento por parte de los contratistas de la obligación de reexportar las mercancías, objeto asegurado, pues ante ella no se acreditaba su no reexportación y, además, en su poder reposaban los originales de las pólizas de seguros, sino que fueron dictadas en el mejor de los casos, tres años ocho meses después de haber comenzado a correr el citado término.
DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 1373, 1393, 1397, 1374, 1395, 1376 y 1382 de 21 de septiembre de 1989, expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Aduana Interior de Buenaventura—.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., catorce de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Ref.: Expediente No. 2128. ASUNTOS NACIONALES. Actor: *Seguros Tequendama S.A.*

Procede la Sala a desatar los recursos de apelación interpuestos por las partes —demandante y demandada— contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 5 de junio de 1992.

ANTECEDENTES

Seguros Tequendama S.A., a través de apoderado, demandó el 30 de agosto de 1990 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> Primera. Que son nulas en todas sus partes las resoluciones números 1373, 1374, 1376, 1382, 1384, 1386, 1393, 1395, 1397, 1399, 1400, 1401, 1402 de 21 de septiembre de 1989, 1801 de 18 de diciembre de 1989, y 1265 de 9 de abril de 1990, expedidas las primeras por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas— Buenaventura, y la última por la Dirección General de Aduanas —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Bogotá, mediante las cuales se ordenó requerir a Seguros Tequendama S.A. para que se allanara a cancelar las sumas de dinero contenidas en las pólizas de seguros números 59369, 27449, 20877, 27714, 21501, 22289, 20894, 30083, 30912, 35958, 30913 y 30021; y se confirman las resoluciones antes referidas.
>
> Segunda. que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los Actos Administrativos antes señalados se ordene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas, restablecer a Seguros Tequendama S.A. en sus derechos y cancelar todos los registros y anotaciones en los que la declaratoria de ocurrencia del riesgo pueda aparecer como una situación jurídica pendiente o figurar como antecedente sobre la conducta de la citada compañía aseguradora.
>
> Tercera. Que si para el tiempo en que se dé término a este proceso mi poderdante ha cancelado definitivamente el valor de la póliza cuya efectividad se pretende, solicito se condene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas a pagar a Seguros Tequendama S.A. a título de restablecimiento del derecho, por concepto de daño emergente, el monto de las sumas pagadas por ese concepto.
>
> Cuarta. Que si se verifica la anterior petición, se condene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas a pagar a Seguros Tequendama S.A. a título de restablecimiento del derecho, por concepto de Daño Emergente, el valor correspondiente a la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, entre la fecha en que se haga efectivo el pago de las sumas derivadas del monto de las pólizas y la fecha en que se verifique el pago a que se refiere la petición "Tercera".
>
> Quinta. Que también a título de Restablecimiento del Derecho, como reparación del lucro cesante, y si se verifican las peticiones "Tercera" y "Cuarta" de este acápite, se condene a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas, a pagar a Seguros Tequendama S.A. las cantidades que corresponden al valor de los intereses

comerciales de las sumas a que se condene el demandado por concepto de daño emergente, desde la fecha del pago efectivo del monto de las pólizas, hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución por parte de ellos.

Los HECHOS en que se fundamenta la demanda, son:

"**PRIMERO.** Todas las empresas que más adelante identificaré constituyeron pólizas de seguros a favor de ADUANA INTERIOR DE BUENAVENTURA, para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales (Plan Vallejo) referente a la re-exportación de las mercancías elaboradas con las materias primas amparadas con registros de importación, pólizas que fueron expedidas por SEGUROS TEQUENDAMA S.A. así:

"1o. Póliza No. Co-27714, constituída por EQUIPOS DE SEGURIDAD —SEGURIT LTDA. por valor de *$63.953.oo.* Vigente a partir del 30 de agosto de 1979, y con vencimiento el día *30 de septiembre de 1980.* Registro de Importación No. 000454 de marzo 30 de 1979.

"2. Póliza No. Co-27449, constituída por EQUIPOS DE SEGURIDAD — SEGURIT LTDA—, por valor de *$146.920.00,* vigente a partir del 25 de julio de 1979 y con vencimiento el día *25 de diciembre de 1979*, Registro de Importación No. 00489.

"3. Póliza No. 30913 constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA", por valor de *$1.154.755.00,* vigente a partir del día 10 de marzo de 1980, y con vencimiento *septiembre 6 de 1980.* Registro de importación No. 000912.

"4. Póliza No. 34158, constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de $688.000.00, vigente a partir del día 14 de noviembre de 1980 y con vencimiento en *noviembre 14 de 1981.* Manifiesto de importación No. 22893.

"5. Póliza No. 30912, constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de *$1.103.822.00,* vigente a partir del día marzo 10 de 1980 y con vencimiento *septiembre 6 de 1980.* Manifiesto de importación No. 21553.

"6. Póliza No. 20894 constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de $1.032.000.00, vigente a partir del día 15 de febrero de 1978 y con vencimiento 14 de agosto de 1978. Manifiesto de importación No. 03814 DO-54632.

"7. Póliza No. Co-20877, constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de $533.000.00, vigente a partir del 7 de febrero de 1978, y con vencimiento el día 6 de agosto de 1978. Manifiesto de importación No. 03203-DD-54545.

"8. Póliza No. CO22289 constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA" por valor de $896.000.00, vigente a partir del día 14 de septiembre de 1978, y con *vencimiento el día 13 de marzo de 1979.* Manifiesto de importación No. 20532-DO55108.

"9. Póliza No. 35958, constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de $1.140.000.00, vigente a partir del día 22 de diciembre de 1980 y con vencimiento el día *diciembre 11 de 1981.* Manifiesto de importación No. 24657.

"10. Póliza No. Co.21501 constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", por valor de $612.000.00, vigente a partir del día 27 de abril de 1978, y con vencimiento *el día 27 de octubre de 1978.* Manifiesto de importación No. 10146-CO-54744.

"11. Póliza No. 30083 constituída por INDUSTRIAS CENTRALES DE ACERO S.A." por valor de $2.130.620.00, vigente desde el día febrero 12 de 1980, y con vencimiento en *febrero 12 de 1981.* Manifiesto de importación No. 001359.

"12. Póliza No. 30021 constituída por INDUSTRIAS CENTRALES DEL ACERO S.A. por valor de 803.700.00, vigente desde el día febrero 4 de 1980, y con vencimiento el día *febrero 4 de 1981*, manifiesto de importación No. 001360.

"13. Póliza No. 59369, constituída por "MANHATTAN DE COLOMBIA LTDA.", vigente desde octubre 23 de 1984 y con vencimiento en enero *23 de 1986.* Manifiesto de importación No. 09582.

"14. Póliza No. 30021 constituída por INDUSTRIAS CENTRALES DEL ACERO S.A., por valor de $2.741.576.00 con vigencia desde julio 7 de 1980 y con vencimiento 4 de febrero de 1981. Manifiesto de importación No. 001360.

"**SEGUNDO**. De conformidad con lo estipulado en los contratos de seguros en su parte final "La duración de esta póliza será por todo el término del Contrato y seis (6) meses más, durante los cuales la entidad Asegurada deberá dictar la respectiva resolución en caso de incumplimiento. Si no se dicta la respectiva Resolución Ejecutiva dentro de dicho término, la Póliza queda inmediatamente cancelada, y la Compañía libre de toda obligación...".

"**TERCERO**. De conformidad al texto del artículo 1081 del Código de Comercio la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del Contrato de Seguros será de dos (2) años y la extraordinaria de cinco (5) años, contra toda clase de personas. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

"**CUARTO**. La ADUANA INTERIOR DE BUENAVENTURA, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dictó con fecha 21 de septiembre de 1989, las siguientes Resoluciones requiriendo a SEGUROS TEQUENDAMA S.A., para que se allanase a cancelar las sumas contenidas en las Pólizas de Seguros ya citadas: Resolución No. 1398, 1373, 1374, 1376, 1382, 1384, 1386, 1393, 1395, 1397, 1399, 1400, 1401 y 1402.

"**QUINTO**. SEGUROS TEQUENDAMA S.A. interpuso oportunamente los recursos de reposición y apelación contra las Resoluciones Nos. 1398, 1373, 1374, 1376, 1382, 1384, 1386, 1393, 1395, 1397, 1399, 1400, 1401, 1402 de 21 de septiembre de 1989.

"**SEXTO**. Por Resolución No. 1801 del 18 diciembre de 1989, la Dirección General de Aduanas de Buenaventura —MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, resolvió no revocar las resoluciones ya citadas y concedió el recurso de Apelación ante la Dirección General de Aduana. Y esta por Resolución No. 1265 de abril 9 de 1990 notificada a la mandataria judicial de Seguros Tequendama S.A. el día 2 de mayo de 1990, confirmó las Resoluciones Nos. 1382, 1384, 1402, 1386, 1393, 1395, 1397, 1399, 1400, 1401, 1373, 1374, 1376, y revocó la Resolución No. 1398 que se refiere a la póliza de Seguros No. 30021 por valor inicial de $803.700.00 y que luego fue ampliada a la suma de $2.741.576.00".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor estima como violadas las siguientes normas:

Artículos 16, 30 y 37 de la Constitución Nacional; 68, numerales 4 y 5 del C.C.A.; 2o. 1056, 1060 y 1081 del Código de Comercio, y 1602 del Código Civil.

Al desarrollar el concepto de violación el actor expresa, en esencia, lo siguiente:

Las resoluciones impugnadas "fueron dictadas cuando ya estaban prescritos los términos previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio, para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, tanto para la prescripción ordinaria como para la extraordinaria".

Tales actos administrativos fueron falsamente motivados porque parten de una premisa falsa consistente en que no existe plazo extintivo para el Estado; y, además, porque el INCOMEX certificó que algunas empresas habían cumplido la obligación que les imponía la ley en cuanto a reexportar las mercancías.

Las Resoluciones acusadas fueron dictadas por fuera de la vigencia de las pólizas.

RAZONES DE LA DEFENSA

En la contestación de la demanda se dice que las obligaciones de reexportar las mercancías no fueron cumplidas, razón por la cual se dictaron las resoluciones acusadas. Que en la demanda solo se alega la prescripción de la acción en favor del Estado, pues según el parecer de la actora debe aplicarse el artículo 1081 del Código de Comercio, según el cual el término para ejercer la acción es de dos años, olvidando que tal situación debe ventilarse a la luz de lo dispuesto en el numeral 5o. del artículo 68 del C.C.A., por ser disposiciones que regulan las obligaciones y derechos de la nación. En respaldo de estos argumentos el demandado cita la providencia de 18 de septiembre de 1988 dictada por esta Corporación en el expediente en que fue actora la Nación y demandada la Compañía Interamericana de Seguros S.A., con ponencia del Dr. Jaime Abella Zárate, en la que concluye que las previsiones del artículo 1081 del C. de Co. no resultan aplicables al caso planteado.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca puso término a la primera instancia del proceso mediante el siguiente pronunciamiento:

> "1o. DECLARASE la nulidad de las resoluciones números 1400, 1401, 1399, 1386, 1402 y 1384 de fecha 21 de septiembre de 1989, por medio de las cuales se hacen efectivas las pólizas 20894, 22289, 21501, 27714, 20877 y 27449 respectivamente, expedidas por la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura.
>
> "2o. DECLARASE la nulidad de la Resolución 1801 del 18 de diciembre de 1989 de la Aduana de Buenaventura, en cuanto hace relación a las resoluciones 1400, 1401, 1399, 1386, 1402 y 1384 del 21 de septiembre de 1989.
>
> "3o. DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 1625 del 9 de abril de 1990, expedida por la Dirección General de Aduanas, en relación con los actos referidos en el numeral 1o. de la parte resolutiva de esta providencia.
>
> "4o. Como consecuencia de la nulidad decretada, declárase que la sociedad Seguros Tequendama S.A. no está obligada a pagar a la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas— las sumas de dinero contenidas en las Pólizas cuya efectividad se realiza mediante los actos declarados nulos.
>
> "En el evento de que ya se hubiera (sic) hecho efectiva (sic) las obligaciones contenidas en las resoluciones anuladas, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas deberá devolver a la Compañía de Seguros Tequendama S.A., las sumas de dinero con los intereses comerciales devengados desde la fecha de ese pago.
>
> "5o. NIEGANSE las otras pretensiones de la demanda".

Como fundamento de esta decisión, al *a-quo* arguye, en esencia, lo siguiente:

Al interpretarse la demanda se deduce que tres son los puntos de inconformidad de la actora respecto de las resoluciones impugnadas:

1. Que en el caso de autos se dió la prescripción ordinaria de dos años consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

2. Que los actos administrativos fueron expedidos por la Aduana de Buenaventura cuando ya el término de vigencia de las pólizas se hallaba vencido.

3. Que varios de los contratos fueron cumplidos por las empresas efectuando las respectivas reexportaciones.

Respecto al punto 1o. del Tribunal dice que la actora argumenta que la Aduana Interior de Buenaventura tenía la obligación de dictar las resoluciones que declaraban la ocurrencia del riesgo inmediatamente conoció el incumplimiento, porque ante ella se acreditaba la no reexportación de las mercancías y además porque en su poder reposaban los originales de las pólizas de seguros, que por tal razón se

generó el fenómeno de la prescripción ordinaria consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

El artículo precitado hace referencia a la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, cuestión diferente a que el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro prescriba en los términos del Código de Comercio.

La ley o ha señalado término de prescripción para expedir el acto administrativo que declare la obligación. El régimen de los actos del Estado dictados en ejercicio de una función pública se rigen por el derecho público.

No siendo aplicable al caso de autos la prescripción señalada en el artículo 1081del C. de Co., no se puede acceder a lo pretendido por el accionante.

Con relación al punto 2o. del *a-quo* expone textualmente:

> "En las pólizas Nos. 20894 —vencimiento de agosto 14/78—, No. 22289 —vencimiento el 13 de marzo/79—, No. 21501 —vencimiento el 27 de octubre/78; No. 27714 —vencimiento 30 de septiembre/80—; No. 20877 —vencimiento agosto 6/78—; No. 27449 —vencimiento diciembre 25/79—; se estipuló: "Que la duración de esta póliza será por todo el término del contrato y seis (6) meses más, durante los cuales la entidad asegurada debe dictar la respectiva resolución en caso de incumplimiento. Si no se dicta la respectiva resolución ejecutiva dentro de dicho término, la póliza queda inmediatamente cancelada, y la Compañía libre de toda obligación".
>
> "Las garantías amparadas por dichas pólizas fueron aceptadas por la Aduana, tanto es ello cierto, que la Entidad está haciendo efectiva las pólizas mediante los actos administrativos acusados.
>
> "En las pólizas 30021 se pactó la vigencia del seguro hasta el 4 de febrero de 1981; la No. 30913 hasta el 6 de septiembre de 1980; la No. 34158 hasta el 14 de noviembre de 1981; la No. 35958 hasta el 11 de diciembre de 1981; la No. 30912 hasta el 6 de septiembre de 1980; la No. 30083, hasta el 12 de febrero de 1981; y la No. 59369 hasta el 23 de enero de 1986. En estos contratos no se acordó dentro de qué término se debía expedir el acto administrativo que declara el incumplimiento por parte de la entidad asegurada.
>
> "El capítulo XXII del Decreto 2666/84 (Código de Aduana) regula lo relacionado con la importación temporal para reexportación en el mismo estado, de las mercancías sujetas a dicho régimen.
>
> "El artículo 215 exige que el reexportador debe constituir garantía por el monto de los derechos de importación que se cobrarán si la mercancía fuese destinada para el consumo.
>
> "Y el artículo 223 de dicho Estatuto, consagra lo relativo a la efectividad de las garantías, cuando dispone: "El Administrador de Aduana hará efectivas las garantías correspondientes cuando se incumplan las obligaciones previstas, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar".

"En el caso en estudio, varias empresas constituyeron póliza en favor de la Aduana para garantizar el incumplimiento de las obligaciones de reexportar unas mercancías detalladas en cada contrato de seguro. Por el incumplimiento en la obligación de reexportar dentro del término previsto en cada una de las pólizas, la entidad dictó los actos administrativos acusados, haciendo efectiva la póliza, con fecha 21 de septiembre de 1989.

"Cuando se constituye una garantía en favor de una entidad pública es condición indispensable que se dicte el acto administrativo que declare la obligación, que junto con la póliza, integra el título ejecutivo. No fija la ley un término dentro del cual debe expedir dicho acto, por lo tanto nos remitiremos al convenido en el contrato de seguro.

"En algunas de las pólizas antes enunciadas, se acordó que el acto administrativo en caso de incumplimiento en las obligaciones aseguradas debía dictarlo la Aduana dentro de los 6 meses siguientes a la expiración del término del contrato y que si no se expedía dentro de dicho término, la póliza quedaba inmediatamente cancelada y la compañía de seguros libre de toda obligación.

"Las resoluciones número 1400, 11401, 1399, 1386, 1402 y 1384 que hacen efectivas las pólizas de cumplimiento Nros. 20894, 22289, 21502, 27714, 20877 y 27449 respectivamente, fueron expedidas el 21 de septiembre de 1989 o sea por fuera de los 6 meses siguientes a la expiración del contrato de seguro, lo que conlleva a la Sala a declarar su nulidad, pues la administración al aceptar las citadas pólizas, aceptó que la resolución en caso de incumplimiento de las obligaciones legales adquiridas por los reexportadores expediría los actos declarando la obligación, máxime que es ante dicha entidad que se siguen los trámites para la reexportación de mercancía, por lo que necesariamente debía tener conocimiento de la ocurrencia del riesgo.

"No sucede lo mismo en cuanto a las resoluciones números 1373, 1393, 1397, 1374, 1395, 1376 y 1382 que hacen efectivas las pólizas 30021, 30913, 34158, 35958, 30912, 30083, 59369 respectivamente, en donde en los contratos de seguros no se consagró el término dentro del cual debía expedirse por la entidad asegurada el acto que declarase la obligación, y como no hay término en la Ley para expedirlo, no se puede acceder a declarar su nulidad".

Con referencia al punto 3o., que el *a-quo*, al igual que los dos puntos anteriores, dedujo al interpretar la demanda como motivo de inconformidad de la actora con las resoluciones impugnadas; consiste en el cumplimiento de varios contratos por las empresas al efectuar éstas las respectivas reexportaciones, se consigna en la sentencia apelada que "En la vía gubernativa este punto no fue discutido por la actora, por lo tanto no puede ser objeto de estudio en el presente proceso".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apelación de la parte actora. Solicita que se revoque el fallo únicamente para que se declare la nulidad de las resoluciones números 1373, 1393, 1397, 1374, 1395, 1376 y 1382, con fundamento en los argumentos que se sintetizan a continuación:

1o. No se tuvo en cuenta la vigencia del seguro, requisito indispensable para el nacimiento del derecho del asegurado y de la obligación del asegurador, simultáneamente. El artículo 1047 del Código de Comercio exige que el texto del contrato exprese la vigencia del mismo.

2o. Afirmar que no existe término dentro del cual la administración pública deba dictar las resoluciones o actos administrativos sobre incumplimiento y que ante este vacío de la ley, el particular queda indefinidamente expuesto a una sanción, es contrario a derecho.

El Consejo de Estado en sentencia del 18 de septiembre de 1988, dijo que "La responsabilidad del garante no puede hacerse efectiva mientras no se dicte el acto que declara la ocurrencia del riesgo asegurado", pero, desde luego, anota la apelante, dicho acto debe proferirse dentro de la vigencia de la garantía.

3o. En el presente caso la Aduana Interna de Buenaventura no dictó las resoluciones que declaraban el incumplimiento de las empresas dentro de los cinco (5) años siguientes a la ocurrencia del incumplimiento, y olvidando que las pólizas de seguros tienen vigencia temporal.

4o. La sentencia desconoce que las garantías que se otorgan a favor de las entidades públicas por sí solas no constituyen título ejecutivo, como se desprende de la preceptiva del artículo 68 del C.C.A.

5o. Igualmente desconoce, en cuanto a las resoluciones cuya nulidad fue negada, el artículo 66 del C.C.A. que había de la "Pérdida de fuerza ejecutoria" de los Actos Administrativos que ocurre al cabo de cinco (5) años de estar en firme, si la administración no ha realizado los actos que le corresponden para ejecutarlos.

La apelación de la demandada. Solicita la revocación de los numerales 1o., 2o., 3o. y 4o. de la parte resolutiva de la sentencia, con fundamento en que el Tribunal no debió seguir los lineamientos del artículo 1081 del Código de Comercio para declarar la nulidad de las resoluciones que en el fallo se precisan, porque esa es una preceptiva de carácter general. Debió dar aplicación a la norma especial del artículo 286 del Decreto 2666 de 1984, según la cual el Director General de Aduanas es quien establece los plazos, modalidades y demás condiciones en que deba otorgarse las garantías.

De otra parte, la ley no prevé expresamente cuando tiene que expedirse el acto administrativo que declare o reconozca el siniestro, fecha desde la cual se empieza a contar el fenómeno extintivo, como lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencia de 16 de septiembre de 1988, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate.

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:

Se ocupará la Sala, en primer lugar, de examinar la apelación interpuesta por la parte actora.

Se contrae básicamente a discrepar de la sentencia de primer grado insistiendo en su argumento expuesto en su *libelo* demandatorio referente a que el acto que declara la ocurrencia del riesgo asegurado debe producirse dentro de la vigencia de la garantía y que siendo ello así, mal puede afirmarse, como se hace en el fallo del *a-quo*, que en este aspecto existe vacío de la ley por cuanto ésta no señala término dentro del cual debe expedirse dicho acto.

Para la Sala, ciertamente, esta apreciación del Tribunal no puede erigirse en argumento válido para despachar favorablemente las pretensiones de la demandante en cuanto a las resoluciones cuya nulidad fue denegada. Estas resoluciones son las números 1373, 1393, 1397, 1374, 1395, 1376 y 1382 que corresponde a las pólizas números 30021, 30913, 34158, 35958, 30912, 30083 y 59369, respectivamente. En éstas, en efecto, a diferencia de lo que ocurrió en las pólizas que dieron lugar a las resoluciones que fueron declaradas nulas por el Tribunal, no se pactó una cláusula igual ni semejante a la en éstas acordada y que fue del siguiente tenor: "La duración de esta póliza será por todo el término del Contrato y seis (6) meses más, durante los cuales la Entidad Asegurada debe dictar la respectiva Resolución en caso de incumplimiento. Si no se dicta la Resolución Ejecutiva dentro de dicho término, la Póliza queda inmediatamente cancelada, y la Compañía libre de toda obligación".

Empero sí se establece en ellas la vigencia del seguro al señalarse en las respectivas pólizas las fechas de iniciación y vencimiento de la garantía en cumplimiento del numeral 6o. del art. 1047 del Código de Comercio, además de que se consigna igualmente que la responsabilidad de la Aseguradora se extiende a dicho período. Es decir que vencido éste, cesa la responsabilidad de la aseguradora derivada de la expedición de la póliza del seguro, como quiera que ha concluido la cobertura temporal en ella delimitada, razón por la cual es preciso, dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro no solamente dé aviso de él al asegurador a más tardar en el término de 20 días contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado, o si no dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado,

para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

A este respecto resulta oportuna y claramente ilustrativa la sentencia dictada por la Sala Plena de la Corporación, el 7 de mayo de 1991, en el expediente R-087, donde fue actora la Nación —Fondo Vial Nacional—, y Consejero Ponente el Dr. Miguel González Rodríguez, que en lo pertinente dice:

> "...De otra parte, el artículo 1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre contra el interesado y es claro que siendo la Administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada. Anota la Sala, que la misma sentencia objeto del recurso expresó que "cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado..." de donde hay que concluir que en la misma sentencia se reconoce la aplicabilidad del artículo 1081 del C. de Co., a eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala.
>
> "De lo anterior se concluye que desde el momento en que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y que desde la fecha en que la Administración contratante había tenido o debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción a diferencia de lo que ocurre a partir de la vigencia del actual C.C.A., en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emanan del contrato de seguro, aspecto éste regido por el artículo 1081 del C. de Co. y el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3 del C.C.A. De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los dos años señalados por la norma primeramente citada, no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro en razón a que el derecho y la obligación ya se encuentran prescritos, asunto éste materia de cuestionamiento o controversia dentro del control de legalidad del acto administrativo así expedido, mas no de la acción en el proceso ejecutivo".

Como en el presente caso se trata de la prescripción de las obligaciones nacidas de los referidos contratos de seguros para la Administración y de las obligaciones recíprocas para la aseguradora, hay que concluir, conforme a las premisas sentadas, que le asiste razón a la demandante recurrente en cuanto a que las resoluciones dictadas por la Aduana en relación con las pólizas lo fueron extemporáneamente, es decir, cuando ya había transcurrido mucho más de dos años, no sólo después de que la administración debió tener conocimiento del incumplimiento por parte de los contratistas de la obligación de reexportar las mercancías, objeto asegurado, pues ante ella no se acreditaba su no reexportación y, además, en su poder reposaban los originales de las pólizas de seguros, sino que

fueron dictadas en el mejor de los casos, tres años ocho meses después de haber comenzado a correr el citado término.

Es oportuno observar que en lo que respecta a la póliza número 59369, con vigencia entre el 23 de octubre de 1984 y el 23 de enero de 1986, sí se pactó expresamente que para los efectos de la cesación de responsabilidad de Seguros Tequendama S.A., se tendrían en cuenta los términos de prescripción previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio. Desde luego que de no haberse convenido así, tal situación hubiera quedado cobijada conforme a las apreciaciones consignadas en los párrafos precedentes.

En este orden de ideas, habrá de revocarse el numeral 4o. de la parte resolutiva del fallo apelado, y en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones a que tal numeral se refiere, con el consecuente restablecimiento que dicha nulidad implica.

La apelación de la parte demandada

Al contrario de lo que asevera este recurrente, el Tribunal lo que hizo fue precisamente no seguir con fidelidad las pautas del artículo 1081 del Código de Comercio, aplicable al caso de autos conforme ha quedado explicado a través de la directriz jurisprudencial invocada y parcialmente transcrita en este proveído.

El artículo 286 del Decreto 2666 de 26 de octubre de 1984 —Código de Aduanas—, dice este apelante, debió ser el aplicado al caso *sub lite*.

Esta norma prescribe:

> "Constitución de garantías. Sin perjuicio de lo previsto en este Decreto, cuando las normas aduaneras exijan que determinada obligación deba ser respaldada con una garantía, el Director General de Aduanas establecerá los plazos, modalidades, y demás condiciones en que deba otorgarse".

Obsérvese simplemente que esta disposición es posterior a la expedición de las pólizas que garantizaban la reexportación de las mercancías y que sirvieron de base a los actos administrativos acusados, motivo por el cual resulta totalmente improcedente solicitar su aplicación.

Aún en el evento de existir una disposición de igual contenido con vigencia anterior a la expedición de las pólizas, las condiciones a que ella se refiere se establecen en el contrato principal al cual accede el de seguro, por lo que en esta circunstancia también resultaría inapropiado el argumento de la apelante.

Respecto a la objeción de que la ley no prevé expresamente cuando tiene que expedirse el acto administrativo que declare el siniestro, la Sala se permite remitir a la recurrente a lo expuesto en las razones en este proveído, con referencia a la apelación de la parte actora.

Lo anterior es suficiente para deducir que la apelación del apoderado de la nación no tiene vocación de prosperidad, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia en los numerales impugnados por ésta.

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

FALLA:

1o. **REVOCASE** el numeral 5o. del fallo apelado que denegó "las otras pretensiones de la demanda". En su lugar, se dispone:

DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones números 1373, 1393, 1397, 1374, 1395, 1376 y 1382 de 21 de septiembre de 1989, expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Aduana Interior de Buenaventura—.

Como consecuencia de la nulidad decretada declárase que la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S.A., no está obligada a pagar a la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas— las sumas de dinero contenidas en las pólizas cuya efectividad se realiza mediante los actos declarados nulos.

En el evento de que ya se hubieran hecho efectivas las obligaciones contenidas en las resoluciones anuladas en esta providencia, la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Aduanas—, deberá devolver a la Compañía de Seguros Tequendama S.A., las sumas de dinero con los intereses comerciales devengados desde la fecha de ese pago.

2o. **CONFIRMANSE** los numerales 1o., 2o., 3o. y 4o. de la sentencia apelada.

3o. En firme esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de diciembre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CENTRO DE CONCILIACION/CENTRO DE ARBITRAMENTO/ COMPETENCIA/HONORARIOS/TARIFA/MINISTERIO DE JUSTICIA

Como quiera que dentro de la potestad que tienen los Centros de Conciliación y Arbitraje para la designación de árbitros y conciliadores, pueden existir diversas modalidades o manera de hacer la designación con base en las listas que cada centro elabora, el señalar el acto acusado que "en todos los casos se debe disponer que los conciliadores o árbitros están obligados a aceptar el asunto que les corresponda por reparto", indudablemente está estableciendo la forma de reparto como la manera de hacer la designación, lo cual contradice el querer del legislador de deferir en los Centros de Conciliación dicha facultad potestativa. El acto acusado establece unas escalas o tablas, con base en salarios mínimos, para efectos de la fijación de los mismos, y el artículo 70 literal b) de la Ley 23 de 1991 es explícito en afirmar que tal regulación corresponde a los Centros de Conciliación. Si la Ley ha deferido en los Centros de Arbitramento la potestad de regular las tarifas de honorarios para árbitros y secretario del Tribunal, el establecer el acto acusado porcentajes y topes máximos atendiendo salarios mínimos para su fijación, equivale a imponer la tarifa cuando la facultad del Ministro de Justicia se cincunscribe únicamente a regular lo referente a su aprobación.

DECRETA LA NULIDAD de la expresión "por reparto" contenida en el artículo 1o. ordinal 3o. literal a) inciso 2o., de la Resolución No. 1116 del 12 de julio de 1991, expedida por el Ministerio de Justicia. DECLARASE LA NULIDAD del artículo 1o. ordinal 3o. literal a) inciso 3o. *ibídem.*

DECLARASE LA NULIDAD de los capítulos correspondientes a Tarifas para gastos administrativos y honorarios del conciliador, contenidos en el artículo 1o. de la Resolución 1116 de 12 de julio de 1991.

DECLARASE LA NULIDAD de los capítulos referentes a Honorarios de los Arbitros y Honorarios del Secretario del Tribunal de que trata el artículo 1o. *ibídem.*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

Santafé de Bogotá, D.C., primero de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1973. Acción de nulidad contra la Resolución No. 1116 de 12 de Julio de 1991, expedida por el Ministerio de Justicia. Actor: *Jorge Hernan Gil Echeverry.*

El ciudadano JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 1o. de la Resolución No. 1116 de 12 de Julio de 1991, expedida por el Ministerio de Justicia, por medio de la cual se establece el trámite y se fijan los requisitos para la organización y funcionamiento de los Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición, de las Asociaciones, Fundaciones, Agremiaciones, Corporaciones y Cámaras de Comercio.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En desarrollo de este capítulo, el actor expone así el concepto de la violación:

1. El inciso primero del artículo 1o.; el ordinal 3o. literales a) y b) y la parte final del artículo 1o. de la Resolución 1116 de 12 de Julio de 1991, violan los artículos 66, 91 y 116 de la Ley 23 de 1991 y 51 y 52 del Decreto 2279 de 1989, por cuanto el Ministerio de Justicia tiene la facultad de ejercer control y dirección sobre los Centros de Conciliación y Arbitraje, pero no en relación con la Amigable Composición.

2. El artículo 1o. ordinal 3o., literal a), viola el artículo 95 de la Ley 23 de 1991 al hablar de "los conciliadores", ya que esta norma sólo se refiere a la imposición de la sanción de exclusión de los árbitros o secretario, pero no de los conciliadores, y, por tanto, el Ministerio de Justicia no la puede hacer extensiva a estos últimos.

3. El numeral 3o. literal a) del artículo 1o., quebranta los artículos 70 literal a), 93 literal a) y 95 de la Ley 23 de 1991, al disponer la obligación de los Conciliadores y Arbitros de aceptar el asunto que les corresponda por reparto, cuando las normas que se citan como vulneradas prevén que los reglamentos de los Centros de Conciliación y Arbitraje dispondrán la forma de hacer la designación, y mal puede establecer el Ministerio de Justicia una única e imperiosa forma: el reparto.

4. El artículo 1o. que regula las tarifas para gastos administrativos en el arbitramento, viola el artículo 93 literal c) de la Ley 23 de 1991, porque dicha norma sometió a la aprobación del Ministerio de Justicia las tarifas de honorarios de árbitros y secretario, pero no los gastos de administración. Lo mismo acontece con la reglamentación de las tarifas para gastos administrativos y honorarios del conciliador efectuada en el artículo acusado, la cual es ilegal por violar los artículos

70 literal b); 93 inciso 1o. y 93 literales c) y d) ibídem, que en forma inequívoca dispusieron la facultad del Centro de Conciliación para regular sus propias tarifas.

5. El artículo 1o. viola el artículo 93 literal c) de la Ley 23 de 1991, al limitar los honorarios del Secretario del Tribunal de Arbitramento, ya que no es al Ministerio de Justicia sino al Centro de Arbitraje, a quien compete la fijación de dichos honorarios, según su criterio.

6. Respecto a los honorarios de los árbitros, el artículo 1o. vulneró el artículo 93 de la Ley 23 de 1991, ya que esta norma delega en los Centros de Arbitraje la facultad de fijar las tarifas y al Ministerio de Justicia la potestad de aprobarlas, lo que es posterior a la fijación y presupone ésta.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 29 de Mayo de 1992 (folios 58 a 68), se admitió la sustitución de la demanda, accediéndose al decreto de suspensión provisional del capítulo referente a la Conciliación, en cuanto comprende las tarifas para gastos administrativos y honorarios del Conciliador y del artículo 1o. parte final que regula los honorarios de los árbitros y del Secretario del Tribunal de Arbitramento.

La Nación —MINISTERIO DE JUSTICIA—, se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que la amigable composición hace parte del arbitramento dentro de la Ley 23 de 1991, y que el artículo 78 ibídem consagra la exclusión de los conciliadores.

Que, además, el Ministerio no fijó las tarifas sino que estableció el procedimiento interno para que los funcionarios encargados de la aprobación tengan unos parámetros para cumplir con sus funciones.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

En relación con el primer cargo que se hace consistir en que el acto impugnado viola los artículos 66, 91 y 116 de la Ley 23 de 1991; 51 y 52 del Decreto 2279 de 1989, ya que al Ministerio de Justicia sólo compete la vigilancia de los Centros de Conciliación y Arbitraje pero no la Amigable Composición, observa la Sala que no está llamado a prosperar. En efecto: conforme al Decreto 2279 de 1989, los sistemas de solución de conflictos entre particulares los constituyen EL ARBITRAMENTO, LA CONCILIACION Y LA AMIGABLE COMPOSICION.

La Ley 23 de 1991, a través de la cual se crean los mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, reguló, entre otros aspectos, los Centros de

Conciliación y Arbitraje, y, dentro del capítulo octavo "Del Arbitramento", en la Sección Segunda, artículos 116 y 117, adicionó el artículo 51 del Decreto 2279 de 1989 y derogó los artículos 48, 49, 50, 53 y 54 ibídem, quedando en conclusión el artículo referente a la Amigable Composición, del siguiente tenor:

> "Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.
>
> Si las partes estuvieren de acuerdo. designarán los amigables componedores o definirán su nombramiento a un tercero".

Los Centros de Conciliación y Arbitraje tienen la finalidad de solucionar conflictos que se susciten entre personas capaces de transigir.

Del texto del artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, adicionado por el artículo 116 de la Ley 23 de 1991, se infiere que la Amigable Composición también tiene por finalidad la solución de conflictos en relación con asuntos susceptibles de transacción.

Estando entonces los Centros de Conciliación y Arbitraje sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia, por las funciones que cumplen, resultaría ilógico afirmar respecto de la Amigable Composición, que como ya se dijo constituye uno de los mecanismos para solucionar conflictos entre los particulares, que deba excluirse del control del Ministerio de Justicia, si se tiene en cuenta que la voluntad del legislador es que quienes en un momento dado sirvan de intermediarios en la solución de problemas, reemplazando de esta manera a los Jueces en su sagrado deber de administrar justicia, en búsqueda de la descongestión de los Despachos Judiciales, tengan un control y dirección que garantice su adecuada labor y así evitar que se cometan desafueros.

En lo que respecta al cargo segundo, tampoco asiste razón al actor, ya que el artículo 78 de la Ley 23 de 1991, expresamente consagra:

> "Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, el Director del Centro de Conciliación nombrará un conciliador y citará a las partes en fecha y hora determinada para realizar la audiencia de conciliación. El conciliador deberá aceptar la designación SO PENA DE SER EXCLUIDO DE LA LISTA DE CONCILIADORES DEL CENTRO". (se resalta por la Sala).

De lo anteriormente transcrito resulta que la sanción de exclusión si está prevista para los conciliadores y por ello no se vulnera el artículo 95 de la Ley 23 de 1991 que también la contempla para los árbitros.

En lo atinente al tercer cargo que se sustenta en el hecho de que el artículo 1o. ordinal 3o. literal a), al disponer la obligación de los conciliadores y árbitros de aceptar el asunto que les corresponda POR REPARTO, viola los artículos 70 literal a), 93 literal a) y 95 de la Ley 23 de 1991, se observa:

Las normas antes citadas señalan los requisitos mínimos que los Centros de Conciliación y Arbitraje deben contener, y, dentro de ellos se indica la forma de hacer la designación de los árbitros y conciliadores.

Como quiera que dentro de esta potestad pueden existir diversas modalidades o maneras de hacer la designación, con base en las listas que cada centro elabora, el señalar el acto acusado que "en todos los casos se debe disponer que los conciliadores o árbitros están obligados a aceptar el asunto que les corresponda por reparto...", indudablemente está estableciendo la forma del reparto como la manera de hacer la designación, lo cual contradice el querer del legislador de deferir en los Centros de Conciliación dicha facultad potestativa, y, en consecuencia es procedente declarar la nulidad de dicha expresión y de la parte final del ordinal 3o. literal a.) del artículo 1o.

En cuanto al cargo cuarto se relaciona, no prospera en lo que atañe a la violación del artículo 93 literal c, dado que como se dijo al estudiar la solicitud de suspensión provisional, esta norma no regula los gastos de administración en el arbitramento, por ello no es preciso hacer un pronunciamiento al respecto si se tiene en cuenta que la regla que confiere competencia a los Centros de Arbitramento para fijar las tarifas de gastos administrativos lo es el literal d.) del citado artículo 93, disposición esta que el actor no indicó como transgredida.

Sin embargo, en lo que respecta a la violación del artículo 70 literal b.) de la Ley 23 de 1991, asiste razón al actor ya que el artículo 1o. acusado establece en los capítulos correspondientes a Tarifas para Gastos Administrativos y Honorarios del Conciliador, unas escalas o tablas, con base en salarios mínimos, para efectos de la fijación de los mismos, y el artículo 70 literal b.) es explícito en afirmar que tal regulación corresponde a los Centros de Conciliación.

Igualmente procede la declaración de nulidad del artículo 1o. en los capítulos referentes a Honorarios de los Arbitros y Secretario del Tribunal, por violación del artículo 93 literal c.) de la Ley 23 de 1991, ya que si la Ley ha deferido en los Centros de Arbitramento la potestad de regular las tarifas de honorarios para árbitros y secretario del Tribunal, el establecer el acto acusado porcentajes y topes máximos atendiendo salarios mínimos para su fijación, equivale a imponer la tarifa cuando la facultad del Ministerio de Justicia se circunscribe únicamente a regular lo referente a su aprobación.

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

FALLA:

1o. DECLARASE la nulidad de la expresión "por reparto" contenida en el artículo 1o. ordinal 3o. literal a.) inciso 2o., de la Resolución No. 1116 de 12 de Julio de 1991, expedida por el Ministerio de Justicia.

2o. DECLARASE la nulidad del artículo 1o. ordinal 3o., literal a.) inciso 3o. ibídem.

3o. DECLARASE la nulidad de los capítulos correspondientes a Tarifas para gastos administrativos y honorarios del conciliador, contenidos en el artículo 1o. de la Resolución 1116 de 12 de Julio de 1991.

4o. DECLARASE la nulidad de los capítulos referentes a Honorarios de los Arbitros y Honorarios del Secretario del Tribunal de que trata el artículo 1o. ibídem.

5o. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

6o. DEVUELVANSE los dineros depositados por concepto de gastos del proceso que no fueron utilizados.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/CENTRO DE MERCADEO/ MERCADEO

La filosofía que inspira la labor de las Cajas de Compensación Familiar no es otra que la de buscar mayores beneficios a las clases desprotegidas; y, en armonía con el artículo 25 del Decreto 784 de 1989, por expenderse en los supermercados y droguerías, artículos de la canasta familiar (segunda prioridad prevista en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982), debe facilitarse el acceso a los mismos de las clases populares, lo cual se logra con la ubicación de dichos centros de mercadeo donde aquellas residen, aspecto éste que no se cumple en la solicitud de adquisición de los locales que por la Resolución que se acusa fue denegada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 1963. Acción: Nulidad. Actor: *Caja de Compensacion Familiar del Valle del Cauca —Comfamiliar Andi—.*

La CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA —COMFAMILIAR ANDI—, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a que se hagan las siguientes declaraciones:

I.- PETITUM

Que se declare la nulidad de la Resolución número 1087 de 5 de Noviembre de 1991, expedida por el Superintendente del Subsidio Familiar "por la cual se decide una solicitud".

II.- CAUSA PETENDI

Como normas violadas se señalan los artículos 39, 41, 44, 54 numeral 2o., 62 y 64 de la Ley 21 de 1982; 3o. de la Ley 25 de 1981; 72, 73 y 78 del Decreto 341 de 1988; 25 del Decreto 784 de 1989; 6o. y 123 de la Constitución Política (folios 72 a 91).

Primer Cargo:

El acto acusado viola directamente los artículos 39, 41, 44, 54 numeral 2o., 62 y 64 de la Ley 21 de 1982, por cuanto es claro que del texto de los mismos y del entendimiento que expresa la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 19 de Marzo de 1987, las Cajas de Compensación Familiar no agotan su actividad en el cumplimiento estricto de las funciones de seguridad social que legalmente se les atribuye, sino que pueden desarrollar otras actividades, a condición de que estas últimas se enmarquen dentro de su propio objeto conforme a las definiciones adoptadas en los estatutos que las rijan.

Además, el artículo 54 ordinal 2o. de la misma Ley 21 de 1982 al fijar las funciones de los Consejos Directivos de las Cajas de Compensación Familiar, señala entre otras, "la organización de los servicios sociales". La circunstancia de que una determinada persona jurídica de derecho privado se haya definido estatutariamente y en armonía con la ley como persona sin ánimo de lucro, no significa que ella consuma de manera indefectible su patrimonio, sino que, por el contrario, es claro que la apropiada consecución de las finalidades propias de interés general deben imponer una conducta de conservación, mejora e incremento de los bienes y rentas, en procura de la cual bien pueden ejecutarse actividades lucrativas como las puramente comerciales, a condición de que los remanentes que genere la explotación, se apliquen de manera integral a las finalidades propias de la entidad, conforme a la ley y los estatutos.

El proyecto que desarrollaría la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, a raíz de la adquisición de los locales comerciales a que se refiere la Resolución cuya nulidad se impetra, redundaría en beneficio de los trabajadores afiliados y de sus familias, toda vez que los recursos serían canalizados hacia los sectores de menores ingresos, mediante la apertura de nuevos puntos de venta o la implementación de precios diferenciales en los productos de consumo básico, recursos que no provenían de las cuotas del subsidio familiar sino de una operación financiera que la Caja asumiría, y, la Resolución acusada, al no tener en cuenta estas particularidades jurídicas de la Caja, y menos aún los efectos sociales de la adquisición de los locales comerciales, no solo en términos del directo beneficio

para los trabajadores y sus familias, sino para la comunidad en general, dentro de la cual hay empleados que por ley no son beneficiarios del subsidio pero que si deben aportar al mismo, desconoció las normas citadas inicialmente.

Segundo Cargo:

Se violaron los artículos 3o. de la Ley 25 de 1981 y 54 numeral 2o. de la Ley 21 de 1982, por cuanto las apreciaciones hechas por la Superintendencia, so pretexto de aplicar las disposiciones legales y reglamentarias, suplantan el juicio hecho por el Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, lo que demuestra el claro exceso de atribuciones en que incurrió la demandada, si se tiene en cuenta el análisis que sobre el artículo 54 numeral 2o. hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 19 de Marzo de 1987.

Tercer Cargo:

Se quebrantaron los artículos 72 y 73 del Decreto 341 de 1988, ya que el proyecto improbado en la Resolución impugnada no significaba aplicación de recursos provenientes del subsidio, y si así fuere, con el criterio finalista que conforme a la ley debe inspirar las actividades de las Cajas de Compensación Familiar, estaba llamado a incidir en la forma expresada en el estudio presentado ante la Superintendencia, en beneficio de los trabajadores y los demás destinatarios del subsidio, dado que el resultado económico del proyecto permitiría a la demandante afianzar su acción en otros puntos de venta plenamente subsidiados. Por lo demás, la Caja cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos en el artículo 73 y la Superintendencia ha debido otorgar la aprobación pertinente.

Cuarto Cargo:

Se vulneraron los artículos 6o. y 123 de la Constitución Política, en la medida en que el Superintendente del Subsidio Familiar no cumplió sus funciones en la forma que prevén las leyes y reglamentos que regulan la inspección y vigilancia sobre las Cajas de Compensación Familiar como ha quedado demostrado.

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 y alegaciones.

III.1. La contestación de la demanda

La Nación —Superintendencia del Subsidio Familiar—, por conducto de apoderada, contestó la demanda (folios 106 a 115) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo al efecto lo siguiente:

Es cierto que no por ser las Cajas, personas jurídicas sin ánimo de lucro, deban consumir de manera indefectible su patrimonio. Pero no puede perderse de vista que dicho patrimonio, como lo dice la Corte en su sentencia está "vinculado irrevocablemente a la realización del fin que se les señala". De manera que no pueden dedicar sus bienes a proyectos ajenos al objetivo de cumplir fines de seguridad social, es decir, que bien pueden buscar alguna rentabilidad, pero siempre dentro del marco de la ley.

Olvida la demandante que el control y vigilancia de la Superintendencia del Subsidio Familiar se extiende no sólo a los programas que las Cajas organicen para atender el pago del subsidio, sino a todos aquellos que utilicen recursos provenientes de esta prestación.

Los locales comerciales que pretendía adquirir la actora, como ésta bien lo afirma, estaban situados en un prestigioso sector de Cali, de alta concentración comercial de clase media alta y alta, luego si se aprobara el proyecto se estaría desconociendo flagrantemente el artículo 25 del Decreto 784 de 1989, al no cumplirse la finalidad social que deben desarrollar las Cajas de Compensación Familiar.

Es cierto que se certificó que los recursos para adquirir los locales provenían de un crédito con una entidad financiera y que se informó que la operación se asumiría con recursos derivados de la gestión de mercadeo que se instalaría en los locales, pero lo que aparece evidente es la afectación de los dineros del subsidio familiar en forma peligrosa, dado que el nivel de endeudamiento de la Caja en el balance de 1990 era de $5.013.332, y un nivel real de endeudamiento del 54% con proyecciones del 65,14%, lo cual afecta el patrimonio conformado con recursos provenientes del subsidio.

III.2. Alegatos

En la etapa de alegaciones las partes se ratificaron en las razones expuestas en la demanda y contestación de la misma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A través de la Resolución No. 1087 de 5 de Noviembre de 1991 la Superintendencia del Subsidio Familiar (folios 2 a 7) improbó la adquisición de tres locales comerciales a la Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca —Comfamiliar Andi—.

Del texto de la misma se infiere su evidente contenido particular, ya que crea una situación jurídica individual y concreta frente a la citada entidad.

De acuerdo con lo expresado reiteradamente por esta Corporación a partir de la providencia de 2 de Agosto de 1990, Consejero ponente: doctor Pablo J. Cáceres Corrales, dicho acto, por no haberlo previsto expresamente la ley, no es susceptible de enjuiciamiento por la vía de la acción pública de nulidad. Sin embargo, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial y como quiera que en el evento de la anulación del acto acusado, ello redundaría en el restablecimiento automático del derecho de la actora, consistente en el fortalecimiento de las operaciones de mercadeo, por medio de la adquisición de los locales, como se expresó en el auto admisorio (folios 95 a 97), la Sala, interpretando la demanda, estudiará las pretensiones del libelo a la luz de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., dado que se dan los presupuestos procesales allí previstos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 136 ibídem.

Observa la Sala que la improbación de la solicitud de la actora, según se desprende de la Resolución enjuiciada, descansa en el hecho de que por la ubicación de los locales (prestigioso barrio de Cali al cual converge la clase media alta y alta), no se cumple con la finalidad prevista en la ley de aliviar las cargas del trabajador afiliado y de su familia ni con asegurar la necesidad de mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias de que habla la sentencia de 19 de Marzo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia. Por ello se sustenta en los artículos 89 de la Ley 21 de 1982, 72 del Decreto Reglamentario 341 de 1988 y 25 del Decreto 784 de 1989.

En relación con el primer cargo la Sala estima:

IV.1. Es indiscutible el hecho de que las personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, dentro de las cuales se encuentran las Cajas de Compensación Familiar, pueden desarrollar actividades que las conduzcan a adquirir recursos que permitan canalizarse para la ejecución de planes y programas sociales que constituyen su objeto, observando las prioridades de que trata el artículo 62 de la Ley 21 de 1982. Ello se deduce del contenido del artículo 37 del Decreto 784 de 1989 que, en cuanto a los recursos para la financiación de las obras y programas sociales que desarrollan las Cajas de Compensación Familiar, señala en su numeral 3o: "Los saldos resultantes de operaciones del balance de cada ejercicio anual y provenientes de rendimientos, transacciones, remanentes, beneficios operacionales y demás factores derivados de la administración de las obras y programas sociales".

Sin embargo, el Decreto 784 de 1989 consagra expresamente en su artículo 25:

> "Ubicación de los establecimientos de mercadeo. Los establecimientos de mercadeo social que organicen las Cajas de Compensación Familiar, estarán ubicados en sitios geográficos de fácil acceso, por medios masivos de transporte y en ZONAS DE VIVIENDA CORRESPONDIENTES A LA POBLACION CON MEDIANOS Y BAJOS INGRESOS" (se resalta por la Sala).

Como quiera que la solicitud de la actora se refiere a la adquisición de un inmueble compuesto de tres locales contiguos, destinados al MERCADEO, con el objeto de "instalar en él un supermercado y droguería", según se lee claramente al folio 23, inexorablemente debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 25 transcrito, esto es, su ubicación debe darse en lugares de fácil acceso, por medios de transporte masivos y en zonas donde habiten las personas de medianos y bajos recursos.

En el folio citado la demandante manifiesta: "actualmente se le presenta la oportunidad a Comfandi de adquirir un inmueble a buen precio, dada la localización en un barrio de clase media alta".

Conforme lo indica la firma Gaviria Asociados Ltda., a quien se le solicitó un informe para efectos de la negociación: "El local se encuentra ubicado en el prestigioso barrio Versalles, conformando con otros locales y centros comerciales, el sector de más alta concentración comercial de clase media alta y alta de Cali".

Dado que por mandato expreso de los artículos: 89, en su parágrafo, de la Ley 21 de 1982 "Los nuevos servicios de salud, mercadeo, educación integral y continuada, capacitación y de biblioteca y recreación social, deberán localizarse en zonas de fácil acceso para las clases populares", 62 ibídem, que consagra dentro de las prioridades para la ejecución de planes y programas sociales "los programas de nutrición y mercadeo de productos alimenticios y otros que compongan la canasta familiar para ingresos bajos (obreros)"; 13 del Decreto 784 de 1989, que indica como objeto de los programas sociales restablecer o aliviar el desequilibrio económico familiar por causa de la desprotección; 72 del Decreto 341 de 1988, que obliga a la Superintendencia del Subsidio Familiar a examinar, entre otros requisitos, para efectos de la aprobación de obras y programas de inversión que emprendan las Cajas de Compensación Familiar, "La localización en zonas de fácil acceso para las clases populares", forzoso es concluir que la filosofía que inspira la labor de las Cajas de Compensación Familiar no es otra que la de buscar mayores beneficios a las clases desprotegidas; y, en armonía con el artículo 25 del Decreto 784 de 1989, por expenderse en los supermercados y droguerías, artículos de la canasta familiar (segunda prioridad prevista en el artículo 62 de la Ley 21 de 1982), debe facilitarse el acceso a los mismos de las clases populares, lo cual se logra con la ubicación de dichos centros de mercadeo donde aquellas residen, aspecto éste que no se cumple en la solicitud de adquisición de los locales que por la Resolución que se acusa fue denegada. Por estas razones no son de recibo los argumentos endilgados en cuanto al primer cargo se refiere.

IV.2. En lo que respecta al segundo cargo, no se observa quebranto de los artículos 3o. de la Ley 25 de 1981 y 54 numeral 2o. de la Ley 21 de 1982, ya que estas normas le confieren facultad a la Superintendencia del Subsidio Familiar para ejercer la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar el subsidio familiar, con el propósito de que su constitución, funcionamiento y la realización de sus obras y programas sociales se ajusten a las leyes, decretos y estatutos internos, que fue lo que precisamente tuvo en cuenta la demandada en la expedición del acto impugnado.

IV.3. Así mismo frente al cargo tercero, no asiste razón a la actora en cuanto a la violación de los artículos 72 y 73 del Decreto 341 de 1988, ya que para el caso concreto de las obras y programas de MERCADEO, debe observarse lo preceptuado en el artículo 25 del Decreto 784 de 1989, norma esta que sirvió de sustento a la Resolución objeto de estudio en esta sentencia. Además, las citadas normas señalan expresamente que las obras y programas estarán dirigidos fundamentalmente a la atención de los trabajadores beneficiarios del subsidio y de sus familias, y que para la aprobación de los mismos, entre otros requisitos, debe examinarse por la entidad encargada del control "la localización en zonas de fácil acceso para las clases populares", circunstancias estas que, al no tenerse en cuenta en la solicitud, dieron origen a su improbación.

IV.4. Finalmente, en lo que atañe al cargo cuarto, por violación de los artículos 6o. y 123 de la Constitución Política, por cuanto el Superintendente del Subsidio Familiar no cumplió con sus funciones en la forma que prevén las Leyes y Reglamentos que regulan la inspección y vigilancia sobre las Cajas de Compensación Familiar, según afirma la demandante, tampoco tiene vocación de prosperidad, pues con base en lo ya analizado, la demandada dió cabal cumplimiento a las disposiciones previstas en los artículos 89 de la Ley 21 de 1982, 13 del Decreto 784 de 1989 y 73 del Decreto 341 de 1988, al observar que la solicitud de la actora no se enmarcaba dentro de las previsiones del artículo 25 del Decreto 784 de 1989, sin que pueda atribuírsele omisión o extralimitación alguna en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, estima la Sala, deben despacharse desfavorablemente las pretensiones 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:

1o): No se accede a las súplicas de la demanda.

2o): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos del proceso o su remanente.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día primero (1) de Octubre de mil novecientos noventa y dos(1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente*; Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

AUXILIOS/PERSONAS DE DERECHOS PRIVADO/PERSONAS DE DERECHO PUBLICO

La prohibición de que trata el artículo 355 de la nueva Constitución, entraña que ninguna entidad pública puede, por consiguiente, decretar o conceder auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado; pero si en favor de las personas jurídicas de derecho público. A la luz de tan clara regulación resulta palmario y ostensible que el Gobernador del Tolima obró en contravención con la misma cuando a través de algunos de los actos acusados concedió auxilios a favor de personas jurídicas de derecho privado. DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los siguientes decretos expedidos por el Señor Gobernador del Departamento del Tolima: 740, 757, 768, 769, 797, 821, 828, 829, 852, 855, 856, 858, 874, 875, 877, 920, 1004, 1007, 1045, 1125, 1267, 1271, 1282, 1323, 1386, 1387, 1388, 1452, 1457 de 1991.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref.: Expediente número 2151. Recurso de apelación contra el auto de 30 de Junio de 1992, del Tribunal Administrativo del Tolima. Actor: *Felix Eduardo Martínez Ramírez.*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra el auto de 30 de Junio del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto denegó la suspensión provisional de 76 Decretos acusados, expedidos por el señor Gobernador del Departamento del Tolima.

I. EL AUTO RECURRIDO

Para denegar la suspensión provisional deprecada, el Tribunal Administrativo del Tolima, razonó en esencia, así:

Es claro que en ejercicio de la acción de nulidad se han demandado diversos actos administrativos, cuya anulación se persigue en forma individual, al considerarse que quebrantan el artículo 355 inciso 1o. de la Constitución Nacional, advirtiendo el actor, que no es necesario acreditar la prueba de la calidad de personas naturales de derecho privado de los beneficiarios porque no están incluidas taxativamente como entidades públicas en el artículo 267 del Decreto 222 de 1983, y, que el Gobernador del Tolima no podía decretar auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado por la prohibición expresa de la Constitución.

Para el Tribunal es incuestionable que dicha norma prohibió "..decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado". Pero, en tratándose del excepcional mecanismo procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, consagrado en el artículo 152 del C.C.A., la transgresión de la disposición citada como violada debe ser manifiesta, esto es, que a *prima facie* se advierta la contradicción con evidencia sin necesidad de acudir a exhaustivos análisis.

En la pluralidad de los actos acusados, es necesario analizar en forma separada e individual cada uno de los Decretos para determinar la naturaleza jurídica de la entidad o persona receptora de las transferencias, además se requiere de un ponderado y juicioso estudio para desentrañar si los auxilios corresponden al cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio que el Estado adquirió dentro del marco de la nueva Constitución, cuya filosofía social le impone la satisfacción de algunas necesidades para cuya labor fruto de profundos juicios de valor se requiere de otros elementos probatorios que sólo se pueden valorar en la decisión final, como el análisis de cada uno de estos Decretos frente a los condicionamientos fácticos y de derecho establecidos en el Decreto 777 de 1992. A primera vista no se advierte la contradicción normativa enunciada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora considera como motivos de discrepancia con el auto recurrido, las siguiente:

1o.) Salta de bulto la transgresión del precepto constitucional contenido en el artículo 355 de la Carta por parte de los actos administrativos cuestionados, puesto que los beneficiarios son personas de derecho privado y en algunas oportunidades "partes" de entidades públicas, pero sin personería jurídica, no siendo sujetos de derecho.

Con todo, de hacerse necesario el juicio de valor al final del proceso, al menos se debió proceder a decretar la suspensión provisional de los efectos de los Decretos que a juicio de la Corporación de primera instancia beneficiaran a personas de

derecho privado en razón a que todos los actos impugnados, en forma clara y precisa determinan el pago de auxilios en contravía con la norma invocada como transgredida.

2o.) El precepto constitucional violado es claro y determinante en manifestar que "ninguna entidad pública" podrá decretar el pago de "auxilios o donaciones", situación que excluye cualquier posibilidad de análisis de las obligaciones sociales de asistencia o subsidio estatal adquiridos por la Nueva Constitución.

3o.) No se entiende como el Tribunal invoca como esguince a la violación constitucional denunciada los "condicionamientos fácticos y de derecho establecidos en el Decreto 777 del 16 de Mayo de 1992, si los Decretos acusados tuvieron vigencia inmediata, a partir de su sanción, lo que permite establecer su vida jurídica pretérita, inclusive hasta antes de iniciarse el año que avanza, sin que en ningún momento se puedan subsanar los yerros de la Administración departamental al enfrentarlos con las disposiciones contenidas en el Decreto 777 de 1991 —se entiende 1992—, que es posterior, el cual exige para su aplicación la contratación con personas idóneas, circunstancia que no se dió en los actos atacados.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La providencia denegatoria de la medida precautoria de los 76 Decretos acusados debe ser revocada parcialmente dado que la Sala estima que dicha decisión jurisdiccional se justifica respecto de algunos de ellos.

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente, con miras a combatir la corrupción y las malas prácticas que había generado la institución de los auxilios parlamentarios a nivel nacional y que se había proyectado a nivel local por las Asambleas y Concejos, dispuso establecer una prohibición general en el artículos 355 de la Nueva Carta y es la de que "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Tal prohibición entraña que ninguna entidad pública puede, por consiguiente, decretar o conceder auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado; pero si en favor de las personas jurídicas de derecho público.

A la luz de tan clara regulación resulta palmario y ostensible que el señor Gobernador del Departamento del Tolima obró en contravención a la misma cuando a través de los actos acusados que se enuncian a continuación, concedió auxilios a favor de personas jurídicas de derecho privado, a saber: Decretos 740 de 11 de Julio, por el cual se concede un auxilio a la Liga de Ciclismo del Tolima; 757 de 15 de Julio, por el cual se concede un auxilio a la Corporación Provivienda de Periodistas del Tolima —CORVIPET—; 768 de 16 de Julio, por el cual se concede un auxilio a la Asociación de Mujeres Campesinas e Indígenas; 769 de 16 de Julio, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Agua Blanca del Municipio de Suárez, 797 de 23 de julio que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la vereda Alto Gualí del Municipio de Falan ; 821 de

30 de Julio, que concede un auxilio a la Liga de Baloncesto del Tolima; 828 de 31 de Julio, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio El Topacio Plan C del Municipio de Ibagué; 829 de 31 de Julio, que concede un auxilio a la Corporación Universitaria de Ibagué; 852 de 1o. de Agosto, por el cual se concede un auxilio a la Junta de Padres de Familia del Hogar Infantil "Mi Rinconcito Encantado" de Venadillo; 856 de 2 de Agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal del Barrio El Mango del Municipio de Dolores; 858 de 2 de Agosto, que concede un auxilio al pastoral Social Divino Niño; 874 de 9 de Agosto, que concede un auxilio a la Asociación de Areneros del Municipio de Honda; 875 de 9 de Agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Santa Bárbara del Municipio de Anzoátegui; 877 de 9 de Agosto, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de Villa Esperanza; 920 de 22 de Agosto, que concede un auxilio a la Corporación Provivienda de Periodistas del Tolima; 1004 de 20 de Septiembre, que concede un auxilio a la Junta de Ferias y Fiestas de Doima del Municipio de Piedras; 1007 de 20 de Septiembre, que concede un auxilio al Hogar del Anciano "La Sagrada Familia" del Municipio de Fresno; 1045 de 2 de Octubre, que concede un auxilio a la Secretaría de Hacienda con destino a sufragar los gastos de viaje de la niña Joan Natalie Suárez Hincapié; 1125 de 25 de Octubre, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Batatas Bacallas del Municipio de Suárez; 1267 de 10 de Diciembre, por el cual se concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda La Flor del Municipio de Anzoátegui; 1271 de 11 de Diciembre, que concede un auxilio al Club Deportivo Secretaría de Hacienda; 1282 de 12 de Diciembre, el cual concede un auxilio al Círculo de Cronistas Deportivos; 1323 de 16 de Diciembre, el cual concede un auxilio a la Asociación de Usuarios Campesinos del Municipio de Honda; 1386 de 23 de Diciembre, que concede un auxilio a la Liga de Ajedrez del Tolima; 1387 de 23 de Diciembre, que concede un auxilio a la Fundación Casa del Tolima; 1388 de 23 de Diciembre, el cual concede un auxilio a la Liga de Natación del Tolima; 1452 de 31 de Diciembre, el cual concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Chenche Buenos Aires del Municipio de Coyaima; y 1457 de 31 de Diciembre de 1991, que concede un auxilio a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Chenche Media Luna del Municipio de Coyaima.

La aludida transgresión del mandato constitucional no se advierte respecto de los demás Decretos acusados que se enuncian a continuación dado que se desconoce la naturaleza de las personas jurídicas beneficiarias o se trata de personas jurídicas de derecho público, como son: los Decretos 737 de 11 de Julio, por el cual se concede un auxilio a la Escuela Urbana de Varones Kennedy; 738 de 11 de Julio, que concede un auxilio a la Casa de la Cultura del Municipio del Guamo; 739 de 11 de Julio, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 745 de 11 de Julio, que concede un auxilio al Jardín Infantil Popular Nacional; 756 de 15 de Julio, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 775 de 16 de Julio, que concede un auxilio a la Asociación Folclórica Artesal del Municipio de Lérida; 776 de 16 de Julio, que concede un auxilio al Fondo de Desarrollo Comunal; 824 de 31 de Julio, que concede un auxilio al Comité de Acción Social; 891 de 13 de Agosto, que concede un auxilio al

Comité de Acción Social del Departamento; 990 de 16 de Septiembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1005 de 20 de Septiembre, el cual concede un auxilio al Colegio Francisco Núñez Pedroza del Municipio de Mariquita; 1009 de 20 de Septiembre, que concede un auxilio al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Honda; 1048 de 2 de Octubre, que concede un auxilio al Tesorero General del Departamento; 1060 de 8 de Octubre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1113 de 21 de Octubre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1269 de 11 de Diciembre, el cual concede un auxilio al Tesorero General del Departamento; 1270 de 11 de Diciembre, el cual concede un auxilio a la Contraloría General del Departamento; 1272 de 11 de Diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1273 de 11 de Diciembre, que concede un auxilio al Tesorero General del Departamento; 1284 de 12 de Diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1285 de 12 de Diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1317 de 16 de Diciembre, el cual concede un auxilio a la Secretaría de Servicios Administrativos; 1319 de 16 de Diciembre, que concede un auxilio al Cuerpo de Bomberos Voluntarios del Municipio de Ibagué; 1356 de 19 de Diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento; 1374 de 20 de Diciembre, que concede un auxilio al Comité de Acción Social; 1396 de 24 de Diciembre de 1991, que concede un auxilio al Comité de Acción Social del Departamento.

Debe, en consecuencia, revocarse parcialmente el auto apelado.

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

RESUELVE:

1.) Se revoca el auto apelado en cuanto denegó la suspensión provisional de los efectos de todos los actos acusados, y, en su lugar, se dispone:

a) Se decreta la suspensión provisional de los siguientes Decretos: 740, 757, 768, 769, 797, 821, 828, 829, 852, 855, 856, 858, 874, 875, 877, 920, 1004, 1007, 1045, 1125, 1267, 1271, 1282, 1323, 1386, 1387, 1388, 1452, 1457 de 1991, expedidos por el señor Gobernador del Departamento del Tolima;

b) No se accede a decretar dicha medida precautoria respecto de los demás actos acusados.

2.) Ejecutoriado este proveído devuélvase este expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sesión en la Sala del día primero (1) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

EJERCICIO DE PROFESIONES/HOMEOPATIA

De conformidad con lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962, con posterioridad a la vigencia de este estatuto el ejercicio de la homeopatía solo es posible por quienes tenga la calidad de médicos, habida consideración de que el citado parágrafo 2o. emplea la frase "para ejercer la medicina por el sistema de homeopatía", lo cual da a entender que para su ejercicio se requiere la obtención previa del título profesional de médico, salvo las excepciones contempladas en la misma ley. El acto acusado no está prohibiendo el ejercicio de la homeopatía sino limitando la autorización para programas de educación avanzada o de postgrado a los aspirantes que tengan el título en medicina en cirugía, y a su vez, dándole a ese método de aplicación de la medicina, categoría de formación avanzada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá D.C., dos de Octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente, *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2154. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Asociacion de Homeopatas Profesionales Colombianos "Ashoprocol"*

La Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos "ASHOPROCOL", mediante apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita del Consejo de Estado que previa suspensión provisional declare la nulidad de la frase "siempre y cuando los aspirantes a ingresar a ellos tengan como requisito mínimo indispensable el título profesional en medicina y cirugía", consagrada en el artículo 1o. del Acuerdo No. 050 de 24 de marzo de 1980, proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).

Sea lo primero advertir que como la demanda reúne los requisitos legales, deberá ser admitida tal como se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia.

Respecto de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, a resolverla procede la Sala, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Para los efectos de la suspensión provisional la actora manifiesta que,

> "La violación del artículo 58 de la Constitución Política de 1991, y del artículo 30 de la Carta Fundamental de 1886, por el Acuerdo acusado, es clara, manifiesta e innegable. NO se requiere hacer esfuerzo mental alguno ni lucubración de ninguna naturaleza, para llegar a esa inequívoca conclusión.
>
> "Una simple comparación entre el acto acusado y los preceptos constitucionales en cita es suficiente para llegar a la conclusión de que el Acuerdo acusado se opone ostensiblemente a tales preceptos constitucionales".

La demandante, después de citar también como violados el Decreto 2736 de 1936 reglamentario de la Ley 67 de 1935, y el artículo 2o. de la Ley 14 de 1962, agrega:

> "...pero no admite dudas que donde la violación parece directa, manifiesta y ostensible es en relación con los preceptos constitucionales en cita; por ello, la suspensión provisional que estoy impetrando se impone como un imperativo categórico".

A la luz de las normas citadas como flagrantemente violadas en la solicitud de suspensión provisional y de algunos razonamientos hechos en el texto de la demanda, concretamente en el capítulo "Disposiciones violadas y concepto de las violaciones" (folio 9), la actora considera que cuando el artículo 1o. del Acuerdo 050 de marzo 24 de 1980, circunscribe la autorización para el funcionamiento de programas de homeopatía a los aspirantes con título profesional en medicina y cirugía, está desconociéndole a los homeópatas licenciados o permitidos un derecho adquirido con justo título al amparo de normas legales anteriores que a través del tiempo han reglamentado la homeopatía. En este sentido se citan las siguientes leyes:

La Ley 12 de 1905 en la que se establecieron requisitos para su ejercicio.

La Ley 83 de 1914, por la cual se autorizaba para ejercer la homeopatía a los diplomados por el Instituto Homeopático de Colombia, o a quienes careciendo de dicho diploma, hubieren ejercido la homeopatía durante cinco años.

La Ley 35 de 1929, similar a la anterior.

El Decreto 986 de 1932 que reconocía la calidad de homeópata a los nacionales y extranjeros que hubieren obtenido título en una facultad reconocida oficialmente, o a quienes en lo sucesivo obtuvieren diploma en el Instituto Homeopático de Colombia.

La Ley 67 de 1935 la cual dispuso que solo se podía conceder licencia para el ejercicio de la homeopatía a las personas con título de una institución o facultad cuyo *pénsum* hubiere sido aprobado por el Ejecutivo.

La Ley 14 de 1962, la que en el parágrafo 2o. del artículo 2o. dispone:

> "Los Homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso. Las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la homeopatía presentadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y que se encuentren pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes a la fecha de presentación de tales solicitudes".

No observa la Sala a primera vista la violación flagrante y ostensible de los preceptos constitucionales aquí citados, por las siguientes razones:

El Acuerdo 050 de 1980 en la parte que se acusa, limita la autorización para el funcionamiento de programas de homeopatía a los médicos y cirujanos, al preceptuar:

> "La Junta Directiva del ICFES podrá autorizar el funcionamiento de programas de Homeopatía, *siempre y cuando los aspirantes a ingresar a ellos tengan como requisito mínimo indispensable el título de profesional en Medicina y Cirugía...*". (El subrayado es de la Sala).

Por su parte, la Ley 14 de 1962, en su artículo 1o. dice:

> "Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar".

La misma Ley en su artículo 2o. dispone que a partir de su vigencia, solo podrán ejercer la medicina y cirugía:

a) Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por algunas de las Facultades o Escuelas Universitarias reconocidas por el Estado.

b) Los colombianos y extranjeros con título de médico cirujano obtenido en Facultades o Escuelas Universitarias de países con los cuales haya tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios.

c) Los colombianos graduados en el exterior con título de una Facultad de reconocida competencia, en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.

d) Los extranjeros graduados en países con los cuales Colombia no tenga celebrados tratados sobre equivalencia de títulos universitarios que posean título de médico y cirujano adquirido en Universidad de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y que hayan obtenido licencia del Gobierno, mediante la superación de un examen de idoneidad.

En los parágrafos 1, 2 y 3 del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962, se consagra:

> "Parágrafo 1o. Los médicos que hayan adquirido legalmente licencia o permiso, podrán continuar ejerciendo la medicina en las mismas condiciones establecidas en la respectiva licencia o permiso.
>
> "Parágrafo 2o. Los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso. Las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la homeopatía presentadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley y que se encuentran pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de presentación de tales solicitudes.
>
> "Parágrafo 3o. En caso de visita científica de médicos y cirujanos extranjeros de reconocida fama que vengan al país en misiones científicas, administrativas o docentes, podrá el Ministerio de Salud Pública, a petición motivada de una universidad con Facultad o Escuela de Medicina que funcione legalmente dentro del territorio nacional, otorgarles un permiso transitorio para ejercer la profesión".

Se tiene entonces que la Ley 14 de 1962 en su artículo 1o. define lo que se entiende por ejercicio de la medicina; en la parte inicial de su artículo 2o. señala quienes pueden ejercerla y en los parágrafos 2o. y 3o. se refiere concretamente al ejercicio de la homeopatía para contemplar dos situaciones: la de los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, o licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, quienes pudieron seguir practicando su profesión; y la de los homeópatas que habían presentado solicitud de licencia o permiso para ejercer la homeopatía, a quienes su situación debía resolvérseles de acuerdo a las disposiciones vigentes a la fecha de su presentación.

Significaría lo anterior que de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962, con posterioridad a la vigencia de este estatuto el ejercicio de la homeopatía solo es posible por quienes tengan la calidad de médicos, habida consideración de que el citado parágrafo 2o. emplea la frase "para ejercer la medicina por el sistema de homeopatía", lo cual da a entender que para su ejercicio se requiere la obtención previa del título profesional de médico, salvo las excepciones contempladas en la misma ley.

Consecuente con lo anterior hay que tener en cuenta que el Acuerdo 050 de 1980, en la parte acusada no está prohibiendo el ejercicio de la homeopatía sino limitando, la autorización para programas de educación avanzada o de postgrado

a los aspirantes que tengan el título en medicina y cirugía, y a su vez, dándole a ese método de aplicación de la medicina, categoría de formación avanzada la que según el artículo 34 del Decreto 80 de 1980, constituye el máximo nivel de educación superior, para lo cual está facultado el Ejecutivo, a través del ICFES, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 80 y 81 de 1980 los cuales dejan en sus manos el ocuparse de lo atinente a la autorización de funcionamiento y aprobación de programas de educación superior.

Por las apreciaciones anteriores, la solicitud de suspensión provisional no tiene vocación de prosperidad.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. **ADMITIR** la demanda de nulidad presentada por la Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos —ASHOPROCOL— a través de apoderado judicial. Para su trámite, se dispone:

a. Notificar personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

b. Notificar al señor Director del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior —ICFES— en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A.. Entréguesele copia de la demanda.

c. La actora deberá depositar dentro del término de cinco (5) días, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) 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 los demás intervinientes puedan contestar la demanda, pedir pruebas y proponer excepciones.

e. Por Secretaría, solicítese al ICFES en envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2o. **DENEGAR** la suspensión provisional pedida.

3o. **RECONOCER** al doctor RODRIGO PALMA VENGOECHEA, como apoderado judicial de la Asociación de Homeópatas Profesionales Colombianos —ASHOPROCOL—, conforme y para los efectos del poder conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1o. de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

IVA/Destinación/IVA-Redistribución/DEPARTAMENTO/CAJA DE PREVISION SECCIONAL/PRESTACIONES SOCIALES/NACIONALIZACION DE LA EDUCACION

Habiendo quedado consagrado en la Ley 43 de 1975 como a cargo de los Departamentos o de sus Cajas de Previsión el pago, no solo de las prestaciones sociales causadas hasta el momento de la nacionalización, sino también, en forma proporcional al tiempo trabajado, las sumas que por dicho concepto adeudarían al tiempo de producirse la nacionalización en razón de su no causación o de su no exigibilidad, el porcentaje de redistribución del impuesto sobre las ventas que en favor de tales entes consagra la misma Ley 43 de 1975, lo fué con la exclusiva finalidad de que con dichos recursos pudiese asumir las mencionadas obligaciones, mas ninguna otra, como quiera que a partir del momento de terminar el proceso de la nacionalización las prestaciones sociales que se generasen estarían a cargo de la Nación. Si la norma reglamentada se refiere a que el porcentaje de participación en el impuesto a las ventas que se redistribuye en favor de los Departamentos lo es para que estos o sus Cajas de Previsión atiendan el pago de las "prestaciones sociales", dicho concepto, que expresado en forma plural y genérica cobija a todos los elementos que lo integran no podía ser reducido mediante el acto acusado, a una especie de el, es decir, a que con su producto se paguen exclusivamente "cesantías", razón por la cual dicha norma, en este momento introduce modificaciones en un asunto no previsto en la norma reglamentada.

DECLARASE LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto 2848 del 1o. de octubre de 1985 y de los artículos 3 y 5 del Decreto 221 de 21 enero de 1986, expedidos por el Gobierno Nacional. En relación con la solicitud de declaratoria de nulidad del artículo 1o. y de su parágrafo del Decreto 898 de 3 de abril de 1981, estese a lo dispuesto por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 16 de Mayo de 1988, exp. No. 2176.

PRESUPUESTO NACIONAL/PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD/ PRESTACIONES SOCIALES

En la simple confrontación de la norma acusada con el artículo 1o. de la Ley 15 de 1982, la Sala evidencia que aquella incurre en una palmaria transgresión de la segunda puesto que amplía a todo el género de prestaciones sociales la inembargabilidad de los recursos de la Nación y las entidades territoriales aportan para el pago de las mismas, inembargabilidad que la norma superior taxativamente limita a los dineros oficiales destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte.

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION/PRESTACIONES SOCIALES/POTESTAD REGLAMENTARIA/Límites

Para efecto de determinar los pasivos a cargo de las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización, debe necesariamente tenerse en cuenta que a partir de 1976 la Nación fué asumiendo en un 20 anual progresivo las sumas que se generaren por dicho concepto, entre otros. Cuando la norma acusada adopta como fecha la nacionalización de la educación el 1o. de enero de 1981, para de ello deducir que solo a partir de tal fecha la Nación asume las prestaciones sociales del personal de dicho sector, se incurre en una clara extralimitación de la potestad reglamentaria del Jefe del Estado, pues desconoce que a partir de 1976 la Nación debió asumir anual y progresivamente los gastos que en su contra se generaron como consecuencia de dicha nacionalización.

COSA JUZGADA

La existencia de la cosa juzgada se evalúa de acuerdo con los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 232 del C. de P.C., cuales son: a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, b) Que se funde en la misma causa que al anterior y c) que en los procesos haya identidad jurídica de partes. En lo referente a la presencia del tercer requisito, este no tiene aplicación alguna en los procesos contencioso-administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan tienen un valor erga omnes, como lo predica el artículo 175 del C.C.A., lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., octubre ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente acumulados Nos. 1094, 382 y 3207. Actores: *Ricardo Alvarez Barrera, Agustín Castillo Zárate y Milán Díaz García y otro.*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., fueron instauradas ante esta Corporación por los ciudadanos Ricardo Alvarez Barrera (Expediente No. 1094), Agustín Castillo Zárate (Expediente No. 382) y Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas (Expediente No. 3207), respectivamente, quienes solicitan la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos.

I. LOS ACTOS ACUSADOS

1.- Expediente No. 1094: Decreto 2848 de 1985 (octubre 1o.), expedido por el Presidente de la República, con firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y "Por el cual se reglamenta el literal c) del artículo 1o. del Decreto Legislativo 232 de 1983".

2.- Expediente No. 382: La frase "y la entidad territorial", contenida en el artículo 1o. y los artículos 2 a 6 del Decreto 221 de 1986 (enero 21), expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y por el cual se reglamenta la Ley 43 de 1975 y se decreta la administración e inversión de caudales públicos".

3.- Expediente No. 3207:

a) Artículo 1o. y su Parágrafo del Decreto 898 de 1981 (abril 3), expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Educación Nacional "por el cual se confiere una autorización".

b) Artículos 1o. y 2o. del Decreto 2848 de 1985 (octubre 1o.) expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, y "Por el cual se reglamenta el literal c) del artículo 1o. del Decreto Legislativo 232 de 1983".

c) Decreto 221 de 1986 (enero 21), expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y "por el cual se reglamenta la Ley 43 de 1975 y se decreta la administración e inversión de caudales públicos".

En consideración a la diversidad de las normas acusadas y por razones de índole metodológica, la Sala hará primero referencia a la actuación surtida en cada uno de los procesos y luego, en el análisis de los cargos, transcribirá el texto de las

normas demandadas en cada uno de los Decretos y hará las consideraciones pertinentes después de resumir los argumentos de los actores, las razones de la defensa planteadas por las partes demandadas en la contestación de las demandas como en sus alegatos de conclusión en los casos en que se presentaron, y la parte correspondiente del concepto fiscal.

II. LA ACTUACION SURTIDA

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a los procesos se les dió el trámite establecido para los procesos ordinarios, dentro de los cuales merecen destacarse en cada uno de ellos las siguientes actuaciones:

Expediente No. 1094

Mediante providencia visible a folios 18 a 21 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la suspensión provisional del Decreto 2848 de 1985.

Por auto de 5 de abril de 1990 (fl. 51) se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por la parte actora.

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 244), ninguna de ellas hizo uso de tal derecho.

El señor Fiscal Primero de la Corporación rindió el concepto que aparece a folios 245 a 250.

Expediente No. 382

Por auto de 30 de enero de 1987, se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite legal y se decretó la suspensión provisional del artículo 5o. del Decreto 221 de 1986 (fls. 24 a 29).

Ordenado como fue el traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 41), ninguna de ellas hizo manifestación alguna.

A folios 45 a 52 aparece el concepto del señor Fiscal Primero de esta Corporación.

Mediante providencia de 13 de febrero de 1990 (fls. 59 a 61) se ordenó la acumulación a este proceso, de los radicados bajo los números 1094 y 3207 y se denegó la acumulación del proceso No. 2176, por haber recaído en el mismo sentencia y encontrarse ejecutoriada.

Expediente No. 3207

Por auto visible a folios 27 a 37 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que corresponde y se decreto la suspensión provisional del artículo 3o. del Decreto 221 de 1986.

Mediante providencia de 13 de octubre de 1988 (fls. 60 y 61) se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por la parte actora, excepto una de ellas, por considerarse inconducente.

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 62), tan solo la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público hizo uso de este derecho, como aparece en escrito que obra a folios 63 a 65.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación rindió el concepto que obra a folios 67 a 73.

III. ANALISIS DE LOS CARGOS

1o. Decreto No. 898 de 1981, "...artículo 1o. y su Parágrafo"

a) El acto acusado

Mediante esta norma se dispuso:

> "Artículo primero. Las entidades de previsión social, dependientes de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá, que estuvieren atendiendo las prestaciones médicas y económicas al personal docente y administrativo nacional o nacionalizado de la educación, las continuarán prestando en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975 y en los mismos términos señalados en los contratos de prestaciones médicas y económicas que hasta el momento se encuentran firmados entre la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial.
>
> "Parágrafo. Las entidades territoriales, las Cajas de Previsión Seccionales o las entidades que cumplan tales funciones, que a la fecha no hubieren suscrito los contratos de que trata el presente artículo, continuarán atendiendo al personal nacional o nacionalizado las prestaciones sociales de conformidad con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias que existan en cada entidad territorial para dicho efecto, mientras celebren los respectivos contratos".

b) Resumen de los Cargos

Expediente No. 3207

Primer Cargo.- Violación del inciso 2o. del artículo 182 de la Constitución Política de 1886, por cuanto el Ejecutivo ejerció una atribución que corresponde al Congreso, en virtud de que es la ley la que debe reglamentar los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, y señalar el porcentaje de los ingresos que deben ser distribuidos por la atención de los servicios.

Segundo cargo.- Violación del artículo 120-3 de la Constitución Política y Ley 43 de 1975, toda vez que un Decreto Ejecutivo no puede modificar la Ley que reglamenta, en el sentido de obligar a las entidades territoriales y de previsión social a atender las prestaciones médicas y económicas del personal nacional o nacionalizado de la educación, como lo venían haciendo antes de entrar en vigor la citada Ley (fls. 17 y 18)

c) Razones de la defensa

Para que la Nación pueda cumplir con la obligación de asumir los costos de funcionamiento de la educación primaria y secundaria se requiere no solo reglamentación de la Ley 43 de 1975, sino ajustes presupuestales, lo cual solo puede darse a mediano y largo plazo. Por ello la misma Ley estableció un término de 5 años para que la Nación fuera asumiendo sus obligaciones y, así mismo, las entidades territoriales se pusieran al día con las obligaciones anteriores a la nacionalización.

Si bien es aceptado que el proceso de nacionalización de la educación se perfeccionó el 31 de diciembre de 1980, no lo es menos que en dicho término no se cumplieron las condiciones que debían darse, ejemplo de lo cual fue el incumplimiento de las participaciones porcentuales con que las entidades territoriales debían contribuir y la no elaboración de las liquidaciones proforma que debían hacerse y que marcarían el punto de partida para que la Nación asumiera la totalidad de las obligaciones.

Precisamente, como la Nación venía cumpliendo con el giro de las participaciones en el impuesto a las ventas para la atención de prestaciones sociales del personal nacionalizado, el Gobierno, para subsanar la cadena de incumplimientos, dictó la norma acusada, tendiente a que las entidades territoriales hicieran lo propio.

Además, en el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 se establece para las entidades territoriales un término de 10 años, dentro de los cuales deberán pagar a la Nación las sumas que adeudarían por concepto de prestaciones sociales, no causadas o no exigibles al momento de la nacionalización (fls. 51, 52, 57 y 64).

d) Concepto fiscal

En anterior oportunidad la Agencia Fiscal se pronunció, compartiendo el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, en el sentido de que tal norma resulta violatoria del artículo 182 de la Carta y de la Ley 43 de 1975, tal como se expuso al decretarse la suspensión provisional de la misma (fls. 67 y 68).

Por su parte, en el concepto de fondo rendido por el señor Fiscal Primero de la Corporación dentro de los expedientes acumulados (Expediente 1094, fls. 247 y 248), y en relación con la norma acusada, expresó que en su vista el señor Fiscal Cuarto se refiere al proceso radicado bajo el número 2176, actor: Agustín Castillo

Zárate, el cual terminó con fallo de 18 de mayo de 1988, en el que se declaró la nulidad de la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", contenida en el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 898 de 1981, así como la totalidad del parágrafo de dicho artículo. En tal virtud, agrega, se presenta la figura jurídica de la cosa juzgada.

E) CONSIDERACIONES DE LA SALA

El señor Agente del Ministerio Público considera que frente al acto administrativo acusado se presenta al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, por haberse pronunciado la Sección Segunda de esta Corporación sobre el mismo problema planteado en sentencia de 18 de mayo de 1988, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Alvaro Lecompte Luna y actor el ciudadano Agustín Castillo Zárate, expediente No. 2176. Por consiguiente antes de estudiar el fondo de las pretensiones de la demanda debe definirse si efectivamente en el presente caso se ha presentado dicho fenómeno.

Mediante la citada sentencia de 18 de mayo de 1988, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, se decidió la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad se promovió contra el artículo 1o. y su parágrafo del Decreto 898 de 1981, es decir, contra las mismas normas que, entre otras; se solicita su nulidad en el expediente radicado bajo el número 3207.

En la mencionada sentencia se declaró la nulidad de la frase en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", contenida en el primer inciso del artículo 1o. del Decreto 898 de 1981, así como la totalidad del parágrafo de dicho artículo, y se denegaron las restantes súplicas de la demanda.

En los considerandos del fallo en mención se expresa lo siguiente:

> "... Es de observar, de entrada, que el artículo primero del decreto número 898 de 1981 establece dos reglas fundamentales para lo que atañe a la atención de las prestaciones médicas y económicas del personal docente y administrativo "nacional o nacionalizado" de la educación, por parte de las entidades de previsión social de los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá a saber: 1a) Que las continúen dispensando en la misma forma como lo venían haciendo *antes* de la expedición de la ley 43 de 1975, y 2a.) Que se mantengan los términos señalados en los contratos de prestaciones médicas y económicas y que hasta el momento se hallen vigentes entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial.
>
> "La primera regla es tan protuberantemente ilegal, que bastan breves lucubraciones para corroborar lo expuesto en el proveído que suspendió provisionalmente sus efectos. Pretender que mediante un mero acto administrativo se borre la obligatoriedad de una ley vigente, hasta disponer que sigan rigiendo los preceptos que antes gobernaban la materia, equivale a desconocer la jerarquía gráficamente descrita por la llamada "pirámide de Kelsen", además, a no dudarlo, constituye una verdadera

modificación de la voluntad del legislador, como fuente del derecho positivo.

"No ocurre así, empero, como bien lo dijo la Sala unitaria en el auto de diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis arriba citado, con la segunda regla, es decir, con aquella que dice que continuarán vigentes los contratos con la Nación —Ministerio de Educación Nacional— y la respectiva entidad territorial. Es elemental que los contratos, así sea los denominados interadministrativos, son para cumplirse en los términos acordados en el momento de su celebración, salvo que las partes decidan modificarlos en todo o en parte, o sea, al tenor de sus cláusulas. De allí que la Sección no halle vulnerador de la Ley 43 de 1975 esta segunda regla y por ello no accederá a decretar su nulidad; y tampoco encuentre que vulnere el art. 182 de la Carta, pues el presidente de la república sólo dispuso algo básico, como es la continuidad en el tiempo de contratos celebrados entre la Nación y las respectivas entidades territoriales para la atención de las prestaciones médicas y económicas a los docentes, no obstante que el servicio de la educación nacional quedase "nacionalizado", o mejor, a cargo de la Nación.

"En cuanto hace al parágrafo, ha de decirse lo siguiente:

"a) Está autorizando la celebración de futuros contratos entre la Nación y los respectivos entes territoriales para que éstos atiendan las prestaciones médicas y económicas de los docentes nacionales o "nacionalizados", y

"b) Los autoriza para que, mientras ello ocurra, esas entidades territoriales, las Cajas de Previsión Seccionales o las personas jurídicas que cumplan esas funciones prestacionales, las continúen atendiendo de facto "de conformidad con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias *que existan* en *entidad territorial" (se subraya), o, en otras palabras, como si la ley 45 de 1975 no se hubiese expedido.*

"Hay, por consiguiente, una cabal antítesis entre el acto administrativo y la propia ley 45 de 1975, así como respecto al art. 182 de la Constitución, dado que éste predica una autonomía relativa de los entes territoriales en su manejo presupuestal y en el cumplimiento de las tareas que les son propios y aquí se les recorta, por un lado, y por el otro, se están desconociendo las consecuencias obvias de la "nacionalización" de la docencia oficial".

Sobre el fenómeno de la cosa juzgada que estamos analizando, el artículo 175, inciso primero, del C.C.A., determina lo siguiente:

"La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*".

La Sala considera que para poder determinar la existencia de la cosa juzgada en este proceso habrá que evaluarla de acuerdo con los requisitos que para tal efecto consagra el artículo 332 del C. de P.C., cuales son:

a) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto.

b) Que se funde en la misma causa que el anterior.

c) Que en los procesos haya identidad jurídica de partes.

Por tanto, a continuación se examinarán los dos procesos a la luz de lo dispuesto en el artículo 332 del C. de P.C., teniendo en cuenta que ellos han tenido origen en la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

a) En cuanto al primero de los requisitos mencionados, es decir, la identidad de objeto, resulta que tanto en el proceso radicado bajo el número 2176, cuyo actor fue el ciudadano Agustín Castillo Zárate y del cual fue ponente el Consejero Alvaro Lecompte Luna, como en el que ahora es objeto de decisión, cabe predicar que las peticiones de la demanda son las mismas, pues en ellos se pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 898 de 1981, ya transcrito. Por tanto, existe identidad de objeto en los procesos mencionados.

b) En relación con el requisito de la identidad de causa, o sea que los motivos de nulidad alegados en ambos procesos sean los mismos, es evidente que tal elemento es concurrente en ellos, pues se invocan como violados los artículos 182 de la —hoy derogada— Constitución Política de 1886 y la Ley 43 de 1975. El hecho de que en el proceso que ahora se decide se indique el acto acusado viola también el artículo 120-3 de la indicada Constitución no incide en nada para predicar tal identidad, pues es claro que la violación de las ya citadas normas constitucional y legal conlleva indefectiblemente un exceso de la potestad reglamentaria del Jefe de Estado.

c) En lo referente a la presencia del tercer requisito, identidad jurídica de las partes, este no tiene aplicación alguna en los procesos contencioso-administrativos de nulidad, pues las sentencias que sobre ellos recaigan tienen un valor erga omnes, como lo predica el citado artículo 175 del C.C.A., lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino, todo lo contrario, en interés del orden jurídico.

Consecuencia de lo expresado es que predicada la existencia del aludido fenómeno jurídico de la cosa juzgada frente a la acusación en estudio, la Sala deberá atenerse, en relación con este cargo, a lo decidido en la citada sentencia de 18 de mayo de 1988, Exp. No. 2176, en la cual se declara la nulidad de la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", contenida en el primer inciso del artículo primero del Decreto 898 de 1981, así como la totalidad del parágrafo de dicho artículo.

2o. Decreto No. 2848 de 1985

a) El acto acusado

El acto administrativo cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor literal:

"DECRETO NUMERO 2848 DE 1985

(Octubre 1o.)

"por el cual se reglamenta el literal c) del artículo 1o. del Decreto legislativo 232 de 1983.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política, y

"CONSIDERANDO:

"Que la Ley 43 de 1975 en el parágrafo del artículo segundo establece que las cajas de previsión seccionales o las entidades que cumplan sus funciones, garantizarán el pago de las obligaciones de carácter social mencionadas con el porcentaje que por concepto de redistribución de la participación habrán de recibir;

"Que el Decreto legislativo 232 de 1983 reasignó en el artículo 1o. literal c) el 3.5% de la participación en el impuesto a las ventas para las entidades territoriales con destino a las cajas de previsión seccionales o para los presupuestos de éstas cuando atiendan directamente el pago de prestaciones sociales;

"Que tanto la Ley 43 de 1975 como el Decreto legislativo 232 de 1983 hacen referencia a la administración y financiación de la educación pública nacionalizada,

"DECRETA:

"Artículo 1o. El 3.5% de que trata el artículo 1o. del Decreto legislativo 232 de 1983 sobre redistribución de la participación en el impuesto a las ventas, se destinará para el pago de cesantías del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

"Artículo 2o. Los recursos a que se refiere este Decreto se depositarán y manejarán separadamente de los demás recursos de la respectiva caja o entidad, en cuenta especial.

"Artículo 3o. El presente Decreto rige a partir de su publicación".

b) Resumen de los cargos

Expediente No. 1094

Primer cargo.- Violación de los ordinales primero del artículo 76 y tercero del artículo 120 de la —hoy derogada— Constitución Política, pues el Presidente de la República se excedió en su potestad reglamentaria al cambiar la destinación que la norma reglamentada y las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973 y 43 de 1975 asignaron al porcentaje de participación de los departamentos en el Impuesto a las Ventas hoy denominado Impuesto al Valor Agregado, IVA.

Respecto de este cargo, la parte actora añade lo siguiente:

"La norma reglamentada dispone que la participación de los departamentos en el Impuesto a las Ventas es del 3.5%, con destino a las cajas de previsión seccionales o para los presupuestos de éstos cuando atiendan

directamente el pago de las prestaciones sociales. En ningún momento ha ordenado el Legislador que los departamentos deban pagar con sus propios recursos, prestaciones sociales de empleados dependientes de la Nación" (fl. 10).

Segundo cargo.- Violación de los artículos 30, 182 y 183 de la anterior Constitución, pues mediante el acto acusado el Gobierno está usurpando bienes que por mandato legal le pertenecen a los departamentos, los cuales "... tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales y sus bienes y rentas gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares. Al Gobierno Nacional le está expresamente prohibido por el artículo 183 disponer de los derechos e impuestos de tales entidades" (fls. 10 y 11).

Por último, la parte considerativa del Decreto acusado carece de lógica, pues si bien las entidades territoriales deben garantizar el pago de las deudas hasta el momento de la nacionalización, para lo cual deberán elaborarse las liquidaciones proforma, ello no significa que el Gobierno pueda disponer de los recursos de los departamentos para pagar sus obligaciones laborales. Tampoco cabe deducirse que por el hecho de que la Ley 43 de 1975 y el Decreto número 232 de 1983 hagan referencia a la administración y financiación de la educación pública nacionalizada, el legislador haya tenido la intención de que los entes territoriales paguen con sus recursos las obligaciones laborales de la Nación (fl. 11).

Expediente No. 3207

Primer cargo.- Violación del artículo 120-3 de la —hoy derogada— Constitución Política y Decreto 232 de 1983, pues el Ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria frente al Decreto mencionado, pues cambió la destinación del porcentaje allí establecido, para el pago de cesantías del personal nacionalizado, "...contrariando así lo que la ley establece, que no es exclusivamente para cesantías y mucho menos para el personal nacionalizado, ya que para el pago de prestaciones a este personal la obligación corre a cargo de la Nación" (fl. 17).

Segundo cargo.- Violación de los artículos 30 y 183 de la —hoy derogada— Constitución Política, pues al imponer ilegalmente obligaciones onerosas a las secciones territoriales, se configura un despojo de las participaciones en favor de la Nación (fl. 18).

c) Razones de la defensa

Expediente No. 1094.- Debidamente notificada como fue la parte demandada, esta no contestó la demanda ni presentó alegato de conclusión.

Expediente No. 3207

En relación con el primer cargo.- No se sobrepasa la potestad reglamentaria, pues siendo la cesantía una prestación social, no se modifica la destinación del recurso. El objetivo de las normas fue darle prioridad al pago de las cesantías (fl. 53).

En relación con el segundo cargo.- La figura jurídica de los derechos adquiridos no aparece involucrada en las normas acusadas y, en consecuencia, tampoco cabe predicarse la violación del artículo 183 de la —hoy derogada— Constitución Política, pues "...se trata de cesiones que la Nación hizo con anterioridad a la nueva versión del artículo 183 de la Constitución Nacional y sobre los cuales no había perdido el poder suficiente para extinguir y modificar ese tributo en la forma que lo considerara más conveniente a los intereses de la colectividad", principio éste que se encuentra contenido en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, proferida el "...15 de febrero de 1973..." (sic, el año correcto es 1974). Además, el Acto Legislativo No. 2 de 1987 no modificó la anotada situación, pues la nueva norma se aplica a los impuestos que se establezcan en el futuro (fl. 56).

d.- Concepto fiscal

Expediente No. 1094

Se comparte el criterio del señor Fiscal Cuarto de la Corporación, expresado dentro del expediente No. 3207 (fl. 248), el cual se resume a continuación.

Expediente No. 3207

El artículo 1o. del Decreto acusado excede los límites de la norma reglamentada, artículo 1o., literal c) del Decreto 232 de 1983, pues mientras que aquél dispone que el porcentaje se destinará al pago de cesantías, este no discrimina sobre las prestaciones sociales que se deben atender.

"Por otro lado, salta a la vista que el Decreto atacado despoja a las entidades territoriales de la mencionada participación, en razón de que el pago de las prestaciones sociales del personal nacionalizado corre por cuenta de la Nación" (fl. 69).

E.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que los cargos primero y segundo formulados contra el acto acusado en las demandas contenidas en los expedientes números 1094 y 3207 se refieren cada uno de ellos, en lo sustancial, a la violación de las mismas normas constitucionales, la Sala analizará en conjunto los cargos primero respecto de los dos expedientes citados, para proceder posteriormente y, en la misma forma, respecto de los cargos segundo.

Además, aún cuando los cargos que habrán de analizarse se formulan en contra de la totalidad del Decreto 2848 de 1985 en el expediente No. 1094, y en contra de sus artículos 1o. y 2o. en el expediente No. 3207, la Sala constata que estos cargos se refieren exclusivamente al artículo 1o, pues en sus alegaciones los actores no cuestionan la legalidad de lo dispuesto en sus artículos 2o. y 3o., que tratan sobre el depósito y el manejo de los recursos resultantes de la norma contenida en el artículo 1o. y a la fecha de vigencia del acto acusado, respectivamente, razón por la cual estos últimos no serán objeto de estudio.

En relación con el primer cargo (Expedientes Nos. 1094 y 3207).- La Sala considera que el aspecto central a dilucidar frente a ellos consiste en establecer si el Presidente de la República, al reglamentar mediante el auto acusado el literal c) del artículo 1o. del Decreto Legislativo 232 de 1983, excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria que le confería el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política de 1886 y, por tanto, invadió la órbita de competencia del Congreso (art. 76-1 ibídem), o si, por el contrario, se ciñó a los lineamientos trazados en la norma reglamentada.

Cabe recordar que, en sentir de los demandantes, con la expedición del acto demandado el Ejecutivo cambió la destinación de la parte del Impuesto a las Ventas que tanto la norma reglamentada, como las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973 y 43 de 1975 cedieron a las Cajas de Previsión Seccionales o a los Departamentos, pues, sostienen, no solamente se dispuso que el producto de dicha cesión se utilizará para el pago exclusivo de cesantías, sino que dicha prestación se refiere a la del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

Como paso previo y como marco de referencia para el análisis de la controversia, la Sala referenciará a continuación las disposiciones de orden legal que para tal fin se consideran necesarias y que hasta la fecha de expedición del acto demandado regularon la participación de los Departamentos, entre otros entes territoriales, o de sus Cajas de Previsión, en el denominado impuesto sobre las Ventas, hoy Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), así:

1o.- Mediante la Ley 21 de 1963 se confirieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer impuestos nacionales sobre las ventas de artículos terminados (art. 1o., ordinal 6o.) y se dispuso que dentro de los artículos gravados el Gobierno podría seleccionar algunos cuyo impuesto pudiese ser recaudado por los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, a fin de cederlos a dichas entidades para el sostenimiento de hospitales y demás establecimientos de asistencia técnica y educación (art. 1o. parágrafo 1o.).

2o.- En uso de las mencionadas facultades extraordinarias y por Decreto 3288 de 1963, el Gobierno Nacional estableció el Impuesto a las Ventas, regulando en su artículo 8o. lo correspondiente a la cesión, administración y producido de dicho impuesto sobre algunos de los artículos a él sujetos, en favor de las citadas entidades territoriales.

3o.- La Ley 33 de 1968, "por medio de la cual se provee el fortalecimiento de los Fiscos seccionales y municipales...", consagró en su artículo 2o. la cesión en favor de los Departamentos, entre otros entes territoriales allí señalados, y con el carácter de propiedad exclusiva de los mismos, determinados porcentajes del Impuesto sobre las Ventas, en proporción cronológico ascendente.

4o.- El artículo 8o. de la Ley 46 de 1971 estatuyó que a partir de 1973 la participación de los Departamentos en el Impuesto sobre las Ventas de que trata la Ley 33 de 1968 sería distribuida por estos en su totalidad en favor de los Municipios, proporcionalmente al número de sus habitantes.

5o.- La Ley 22 de 1973 varió el régimen de que se da cuenta en el ordinal que antecede y en su artículo 10 dispuso lo siguiente:

> "Artículo 10. Los giros que haga la Nación, inclusive los pendientes de pago correspondientes a 1973, por la participación de impuestos a las ventas, se efectuarán en la siguiente forma: el 26.4% a los Departamentos con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o a los Presupuestos de estos cuando atienden directamente el pago de las prestaciones, y el 73.6% restantes se girará directamente a los Municipios".

6o.- Mediante la Ley 43 de 1975 el Congreso decretó la nacionalización de la "educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías..." y la redistribución de la participación en el Impuesto a las Ventas en favor de las tres primeras citadas entidades territoriales. En sus artículos 1o., 2o y 8o. dispuso lo siguiente:

> "Artículo 1o. La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.
>
> "En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.
>
> "Parágrafo. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función".
>
> "Artículo 2o. Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse y que se hayan causado hasta el momento de la nacionalización, serán de cargo de las entidades a que han venido perteneciendo o de las respectivas Cajas de Previsión.
>
> "Las prestaciones sociales que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación. Pero las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá pagarán a la Nación dentro del término de diez (10) años y por cuotas partes, las sumas que adeudarían hasta entonces a los servidores de los planteles por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización. Dichos pasivos se determinarán de común acuerdo entre la Nación y las respectivas entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá mediante liquidación proforma.
>
> "Parágrafo. Las Cajas de Previsión Seccionales o las entidades que cumplan tales funciones garantizarán el pago de las obligaciones de carácter social mencionadas, con el porcentaje que por concepto de la redistribución de la participación habrán de recibir".
>
> "Artículo 8o. Para atender a los gastos de funcionamiento (personal) a que se hace referencia, como a la construcción, terminación, reparación y dotación, programaciones educativas y demás aspectos similares, de los

planteles relacionados en esta Ley, redistribúyese la participación en el impuesto a las ventas de que tratan las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971 y 22 de 1973, a partir del 1o. de octubre de 1975 y hasta el 31 de diciembre de 1980, en la siguiente forma:

"a) El 4.92% para los citados gastos de educación, que la Nación girará directamente al Ministerio de Educación;

"b) El 3% para los departamentos, con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones;

"c) El 22.08% para los municipios, que será girado por la Nación directamente a ellos, por mensualidades.

"Parágrafo 1o. De los giros que deba hacer la Nación, por concepto de participación en el impuesto a las ventas a los municipios que sean capitales de departamento y al Distrito Especial de Bogotá, transferirá directamente el 50% al Ministerio de Educación para los fines de que trata la presente Ley.

"Parágrafo 2o. El producto de la participación en el impuesto a las ventas de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1975, que se asigna por la presente Ley al Ministerio de Educación, se destinará a la financiación de la instrucción pública, en todos los niveles.

"Parágrafo 3o. A partir del 1o. de enero de 1981, la participación en el impuesto a las ventas se distribuirá en la siguiente forma: 3% para los departamentos, con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones, y 27% para los municipios, que será girado por la Nación directamente a ellos, por mensualidades.

"Parágrafo 4o. Para la liquidación de la distribución del 30% de la participación en el impuesto a las ventas, la Nación seguirá procediendo así: EL 70% en proporción a los habitantes de los departamentos y el Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con el último censo de población elaborado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) legalmente aprobado y el 30%, entre estas mismas entidades por partes iguales".

7o. Por su parte, el Decreto Legislativo 232 de 1983, "por el cual se redistribuye la participación en el Impuesto a las Ventas y se dictan otras disposiciones", en su artículo 1o., literal e) señala lo siguiente:

"Artículo 1o. A partir de la vigencia fiscal de 1983 la participación en el Impuesto a las Ventas de que traten las leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973 y 43 de 1975, continuará en el 30% y se redistribuirá de la siguiente forma:

"a)...

"b)...

"c) El 3.5% para los Departamentos con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales".

Del recuento histórico normativo que antecede y de su correspondiente análisis con miras a deducir la legalidad o ilegalidad del acto acusado, la Sala observa y concluye lo siguiente:

El Impuesto a las Ventas, creado por Decreto Extraordinario 3288 de 1963 con el carácter de nacional, fue cedido en parte a las entidades territoriales por medio de la Ley 33 de 1968 con la finalidad de fortalecer los fiscos seccionales, deteriorados desde vieja data por la inveterada práctica centralista de absolver en favor de la Nación prácticamente la totalidad de los recursos tributarios que generaba el país.

Ahora bien, la Ley 22 de 1973 puso fin a la exigua vida jurídica de la variación que al régimen de la cesión parcial del Impuesto a las Ventas en favor de los Departamentos, entre otros entes territoriales introdujo el artículo 8o. de la Ley 46 de 1971, consagrando que un porcentaje de éste se giraría a tales entes territoriales "... con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o a los presupuestos de estos cuando atienden directamente el pago de las prestaciones...", norma que, como en los párrafos siguientes se analizará, vino a conservarse no sólo en las regulaciones establecidas en la Ley 43 de 1975, sino en las del Decreto 232 de 1983.

A efecto de definir lo concerniente a la distribución de la carga prestacional del personal educativo teniendo en cuenta el período anterior y posterior a la realización del fenómeno de la nacionalización de la educación primaria y secundaria, el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 consagró dos regulaciones para tales efectos, consistentes, la primera de ellas, en que las prestaciones sociales correspondientes al personal adscrito a los establecimientos que habían de nacionalizarse y que se hubieren causado hasta el momento de la nacionalización (31 de diciembre de 1980) serían de cargo de las entidades a que pertenecían tales planteles o de las respectivas Cajas de Previsión. La segunda regulación fue la consistente en que las prestaciones sociales que se causasen a partir del momento de la nacionalización serían atendidas por la Nación, con la salvedad de que las entidades territoriales deberían pagar a aquella (la Nación) las sumas que hasta entonces adeudarían a los servidores de los planteles "...por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización".

Por su parte, el artículo 8o. de la misma Ley 43 de 1975 redistribuye la participación de los entes territoriales en el Impuesto a las Ventas y contiene dos clases de disposiciones en relación directa con los Departamentos, que es el caso que se analiza: una transitoria y otra con carácter permanente. La primera de ellas, contenida en el inciso primero y en el literal b), según la cual hasta el 31 de diciembre de 1980 (fecha en que terminaría el proceso de nacionalización) la redistribución de la participación en favor de los departamentos sería del 3% (del 30% del total cedido) "... con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de estos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones". De la segunda disposición se da cuenta en el parágrafo 3o. de dicha norma, y señala que a

partir del 1o. de enero de 1981 tal participación y su redistribución en favor de los Departamentos continuaría siendo del 3% "... con destino a las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de estos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones".

De lo hasta ahora expuesto y, especialmente, de los dos párrafos que anteceden, la Sala considera que la interpretación armónica del texto y de las normas allí señaladas permiten llegar a la conclusión de que habiendo quedado consagrado en la Ley 43 de 1975 como a cargo de los Departamentos o de sus Cajas de Previsión el pago, no sólo de las prestaciones sociales del mencionado personal, causadas hasta el momento de la nacionalización, sino también, en forma proporcional al tiempo trabajado, las sumas que por dicho concepto adeudarían al tiempo de producirse la nacionalización en razón de su no causación o de su no exigibilidad, el porcentaje de redistribución del impuesto sobre las ventas que en favor de tales entes consagraba la misma Ley 43 de 1975, lo fue con la exclusiva finalidad de que con dichos recursos pudiesen asumir las mencionadas obligaciones, más ninguna otras, como quiera que a partir del momento de terminar el proceso de la nacionalización las prestaciones sociales que se generasen estarían a cargo de la Nación.

De otra parte, y en lo que respecta a lo dispuesto por el literal c) del artículo 1o. del Decreto 232 de 1983, la Sala considera que tal norma, con carácter de ley material, simplemente varió, para incrementar al 3.5% la participación y la redistribución del impuesto sobre las ventas en favor de los Departamentos, dejando incólume la destinación del mismo para sus Cajas de Previsión o para los presupuestos de éstos "...cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales", es decir, para que pudiesen continuar pagando las prestaciones sociales causadas hasta el momento de la nacionalización y también, en favor de la Nación, aquellos valores que adeudaren a sus servidores educativos por dicho concepto en razón de su no causación o exigibilidad al tiempo de la nacionalización.

Ahora bien, señaladas las premisas y conclusiones anteriores y con fundamento en ellas, la Sala considera que el cargo que se analiza, en cuanto, como atrás se expresó se reduce a lo dispuesto por el artículo 1o. del Decreto 2848 de 1985 habrá de prosperar, por las siguientes razones:

1o.- Porque si el artículo 1o., literal c) del Decreto Legislativo 232 de 1983, norma que el acto acusado expresa reglamentar, lo mismo que las citadas normas legales que se mencionan en aquél, se refieren a que el porcentaje de participación en el impuesto a las ventas que se redistribuyen en favor de los departamentos lo es para que estos o sus Cajas de Previsión atiendan el pago de "las prestaciones sociales", dicho concepto, que expresado en forma plural y genérica cobija a todos los elementos que lo integran, no podía ser reducido mediante su artículo 1o. a una especia de él, es decir, a que con su producto se paguen exclusivamente "cesantías", razón por la cual dicha norma, en este aspecto, introduce modificaciones en un asunto no previsto en la norma reglamentada, con manifiesta violación no sólo de esta sino del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política de 1886,

vigente al momento de su expedición, que consagraba la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Sobre los límites que impone el ejercicio de dicha potestad reglamentaria esta Corporación se ha pronunciado en innumerables ocasiones, en el sentido de que ella tiene como función exclusiva la de aportar los detalles de la ejecución o aplicación de los mandatos del Legislador, por lo cual le está vedado al reglamento modificar, adicionar, ampliar o restringir, las disposiciones legales, so pena de incurrir en violación de la misma de manera directa, y de manera indirecta de las normas constitucionales que radican la potestad legislativa en el Congreso.

2o.- Porque si el 3.5% que como porcentaje de la redistribución de la participación de los Departamentos en el impuesto a las ventas estableció el artículo 1o., literal c) del Decreto 232 de 1983, lo fue para que estos entes territoriales o sus Cajas de Previsión atendiesen el pago de las prestaciones sociales, ha de entenderse que dichas prestaciones eran exclusivamente las que hacían referencia a las causadas hasta el momento de la nacionalización de la educación y aquellas sumas que por concepto de las no causadas o no exigibles al mismo momento deberían cancelar a la Nación para que ésta, a su vez, las cancelase a sus beneficiarios cuando llegare el correspondiente momento legal. En consecuencia, no podía el Gobierno Nacional en el artículo 1o. del acto acusado, sin violar igualmente la norma reglamentada y el ordinal 3o. del artículo 120 de la mencionada Constitución Política, determinar que dicho porcentaje tendría por finalidad el pago de una prestación social "del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975", pues como atrás se analizó, tal especie y las demás del mismo género que se causasen a partir del momento de la nacionalización correspondía pagarlas a la Nación, como quiera que al momento de expedición del acto acusado el personal beneficiario ya ostentaba la calidad de nacionalizado.

3o.- Porque, adicionalmente, la Sala considera que una cosa es que de conformidad con el parágrafo del artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 los Departamentos y las Cajas de Previsión Seccionales deban garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que habrían de nacionalizarse y que se hubieren causado o se fueren causando hasta la culminación de dicho proceso con el porcentaje de participación en la redistribución del impuesto a las ventas, y otra muy distinta, e ilegal, es que se disponga en el artículo 1o. del acto acusado no solo la destinación específica de tales fondos para el pago de cesantías, que como se vio es solo una especie del concepto genérico de prestaciones sociales, sino que se pretenda obligar a las mencionadas entidades a dedicar tal porcentaje para cubrir costos de la educación nacionalizada, las cuales, repite la Sala, son una obligación a cargo de la Nación.

Como consecuencia de lo anterior, prosperan los cargos primero, en los términos expuestos al inicio de estas consideraciones.

En relación con el segundo cargo (Expedientes Nos. 1094 y 3207) Aun cuando el hecho mismo de la prosperidad de los cargos primero, atrás analizados, sería suficiente razón para que la Sala obviase el estudio de los cargos segundo formulados en contra del artículo 1o. del Decreto 7848 de 1985, a continuación se ana-

lizará éste y los argumentos expuestos por la parte demandada en relación con dicho cargo, pues en ellos, esencialmente, se hace reposar su constitucionalidad.

Consideran los accionantes que el artículo 1o. del acto acusado incurre en violación de los artículos 30, 182 y 183 de la Constitución Política de 1886, por cuanto las obligaciones allí impuestas en contra de los Departamentos los despoja de bienes que por mandato legal les pertenecen.

Por su parte, la demandada sostiene, en suma, que para la fecha de expedición del acto acusado, octubre 1o. de 1985, la Nación no había perdido competencia para extinguir o modificar el impuesto a las ventas por ella cedido a los entes territoriales, en la forma como lo considerase más conveniente a los intereses de la colectividad.

Luego de un detenido estudio de los argumentos de la parte demandada, la Sala considera que ellos no desvirtúan su condición acerca de la inconstitucionalidad del acto acusado pues, en primer término, el artículo 2o. de la Ley 33 de 1968 determinó como *de propiedad exclusiva de los Departamentos*, del Distrito Especial de Bogotá y de los Municipios, los porcentajes que allí estableció en su favor por concepto de participaciones en el impuesto a las ventas. En segundo lugar, porque aún en el supuesto caso de que se hubiere decidido variar lo determinado por la citada norma legal, ello hubiese sido de competencia del Congreso o del Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias, más en momento alguno del Gobierno Nacional, mediante un simple decreto reglamentario, pues el artículo 1o. del Decreto 232 de 1983, que sirve de sustento del acto acusado, dejó intacta su distribución y titularidad en cabeza de los entes territoriales. En tercer lugar, porque de acuerdo con los términos de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de febrero de 1974 (Jurisprudencia y Doctrina, Tomo III, No. 27, marzo de 1974, pp. 169 a 174), que cita la parte demandada, el poder para extinguir, modificar o reglamentar los impuestos nacionales cedidos a las entidades territoriales sólo reposa en el Legislador ordinario o extraordinario.

Por último, la Sala hace notar que para reafirmar la propiedad exclusiva de los entes territoriales sobre las cesiones o participaciones en ingresos nacionales, más tarde el Constituyente de 1987 prohibió terminantemente al Congreso o al Gobierno, mediante decretos con fuerza legislativa, revocarlas o disminuirlas en forma alguna, y cambiarle su destinación (art. 1o. del Acto Legislativo No. 2 de 1987).

3o. Decreto 221 de 1986

a) El acto acusado

El acto acusado es del siguiente tenor literal:

> "Artículo 1o.- Los recursos que la Nación y la entidad territorial deban aportar a las cajas de previsión social o entidades oficiales que hagan sus veces, así como el porcentaje de redistribución del impuesto a las ventas a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 y la Ley 12 de 1986 destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal

docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975 se administrarán y contabilizarán, separadamente de los demás recursos de esas entidades.

"Artículo 2o. El Jefe de la Administración Seccional o el Director o el Gerente de la Caja de Previsión Social respectiva si la hubiere, o el jefe de la entidad seccional que haga sus veces será el ordenador del gasto de los recursos a que se refiere el artículo 1o. de este Decreto, con la refrendación del delegado del Ministro de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional y el auditaje de la Contraloría General de la República.

"Artículo 3o. Para efectos de la liquidación proforma a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, se toma como fecha de la nacionalización el 1o. de enero de 1981.

"Parágrafo 1o. Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y el Jefe de la respectiva entidad territorial designarán los funcionarios encargados de cuantenis (sic) de Educación Nacional y entidades territoriales y proforma establecida en este Decreto.

"Parágrafo 2o. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975, que se causen a partir del 1o. de enero de 1981, son de cargo de la Nación. Las prestaciones sociales en las que se hagan acumulativa su causación, serán pagadas en forma proporcional de acuerdo al tiempo laborado por el empleado en cada entidad y teniendo en cuenta los porcentajes fijados para el período 1976-1980 en los contratos suscritos entre la Nación-Ministerio de Educación Nacional y entidades territoriales y Cajas de Previsión Seccionales.

"Artículo 4o. Para efectuar la liquidación proforma se aplicará el siguiente criterio:

"Sobre los factores salariales que formen parte del rubro de "Servicios personales" del presupuesto del FER de la respectiva entidad territorial, ejecutado en cada una de las vigencias a partir de 1981, la Nación paga los siguientes porcentajes;

a) Como aporte patronal para previsión social y prestaciones diferentes a cesantías, el 5% mensual durante los años 1981, 1982, 1983, y hasta el 15 de abril de 1984; a partir de esta fecha el 8% mensual. Aportará en el futuro el mismo porcentaje que deba aportar a la Caja Nacional de Previsión como aporte patronal;

"b) Como aporte patronal para cesantías una doceava (1/12) parte anual a partir del primero de enero de 1981.

"Parágrafo 1o. Se descontará de la deuda de la Nación, lo aportado a las respectivas cajas de previsión social o entidades que hagan sus veces y los aportes dados por el impuesto a las ventas, para el pago de prestaciones sociales del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

"Parágrafo 2o. Se descontará de la deuda de la entidad territorial o caja de previsión social, los pagos efectuados por ésta para prestaciones sociales al personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

"Parágrafo 3o. El pago de las deudas de la Nación, así como las de las entidades territoriales, se realizarán en el término de diez (10) años contados a partir de la fecha de la vigencia del presente Decreto.

"Parágrafo 4o. Como aporte de los empleados se girarán a las Cajas de Previsión Seccionales o entidades que hagan sus veces los porcentajes que las normas vigentes determinan para cada una de esas entidades.

"Artículo 5o. De conformidad con la Ley 15 de 1982 y el Decreto 3040 de 1983, los recursos a que se refiere este Decreto son Inembargables; por tanto, las deudas por concepto de prestaciones sociales resultantes de acciones judiciales serán de cargo de la Nación de la entidad territorial o de la Caja de Previsión Social Seccional, según el criterio establecido en el artículo 3o. del presente Decreto.

"Artículo 6o. Autorízase a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional, para suscribir convenios con las entidades territoriales y/o Cajas de Previsión Social Seccionales o entidades oficiales que hagan sus veces para la determinación de los pasivos a cargo de la Nación y de las entidades territoriales o Cajas de Previsión Social Seccionales; para determinar la contratación de la prestación de los servicios médico-asistenciales; para establecer los mecanismos de administración de los recursos y pago de las prestaciones económicas y para la constitución de un comité administrador de los recursos.

"Artículo 7o. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación".

b) Resumen de los cargos.

Expediente No. 382

En atención a que tanto en los hechos de la demanda como en los fundamentos de derecho de la misma, el actor se refiere indiscriminadamente a la violación de normas superiores por parte del acto acusado, la Sala, a efecto de hacer más expeditas sus consideraciones, y en uso de la facultad que la ley y la jurisprudencia atribuyen al juez administrativo para interpretar la demanda, presentará de la siguiente manera los cargos que se formulan en contra de cada uno de los artículos que lo integran.

Primer cargo.- El artículo 1o. del acto acusado, en cuanto a la expresión "y la entidad territorial" allí contenida y cuya declaratoria de nulidad se solicita, es contrario a lo dispuesto por los artículos 1o. y 2o. de la Ley 43 de 1975, toda vez que ninguno de los citados textos legales señalan que las entidades territoriales deban aportar recursos para atender el pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado, sino, por el contrario, allí se expresa claramente que la educación primaria y secundaria oficial será un servicio público a cargo de la Nación y que las prestaciones sociales que se causen a partir de su nacionalización serán de cargo de esta última.

Como consecuencia, de las anotadas violaciones, el acto acusado incurre en transgresión del artículo 183 de la Constitución Política de 1886, pues despoja a las entidades territoriales de bienes y rentas de su propiedad.

Segundo cargo.- El artículo 2o. del acto acusado, al otorgar a los jefes de las administraciones seccionales de las entidades territoriales y a los gerentes de las Cajas de Previsión el carácter de ordenadores del gasto de los recursos destinados al pago de prestaciones sociales del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975, incurre en un exceso de la potestad reglamentaria "... por cuanto va más allá de la ley que pretende reglamentar..." y contraría el inciso segundo del artículo 182 de la Constitución Política de 1886, pues sólo mediante ley se pueden atribuir servicios o cargas a las entidades territoriales, pero no mediante un decreto reglamentario.

Tercer cargo.- El artículo 3o. del acto acusado incurre en violación de lo dispuesto por el artículo 76 numeral 11 del Decreto 01 de 1984, pues contrariando la prohibición de reproducir actos administrativos anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, revive disposiciones anuladas por el Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 1985, según la cual la nacionalización de la educación opera desde el 1o. de enero de 1976 y no como lo dice el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 0221 de 1986, a partir del 1o. de enero de 1981 (Sección Primera. Consejero Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Rafael Juvinao, Expediente No. 4371). Esta violación se pone más de manifiesto en el parágrafo 2o. del mencionado artículo 3o., cuando expresa que "las prestaciones sociales del personal nacionalizado por la Ley 43 de 1975, que se causen a partir del 1o. de enero de 1981, son de cargo de la Nación...", pues ello implica "...que una obligación que se había causado a cargo de la Nación y a favor de las entidades territoriales el 1o. de enero de 1976, sólo se comenzará a contabilizar a partir del 1o. de enero de 1981".

Cuarto cargo.- El artículo 4o. del acto demandado "... dispone que se harán una serie de descuentos, los cuales contrarían derechos adquiridos con justo título por parte de las entidades territoriales. Tales descuentos menguan indebidamente su patrimonio y se constituyen en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la Nación".

Agrega el actor que lo dispuesto por su parágrafo 1o. conlleva el que la Nación pague sin intereses obligaciones ya causadas y en mora, lo cual significa "... un atropello y un castigo injusto en contra de las entidades territoriales", quienes así se verán despojadas indebidamente de derechos adquiridos y conducirá a su inminente quiebra, lo mismo que a la de sus Cajas de Previsión Social.

Quinto cargo.- Al disponer en el artículo 5o. del acto acusado la inembargabilidad del dinero destinado al pago de las "prestaciones sociales" del personal docente nacionalizado, se excede lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 15 de 1982, que limita tal medida a los recursos destinados al pago de jubilación, vejez, invalidez y muerte, pues las pensiones son apenas una especie dentro del género de las prestaciones sociales.

Por otra parte, el Decreto 3040 de 1982, citado en la norma acusada, se refiere al ascenso de un Oficial del Ejército y no al aspecto que regula tal disposición.

Sexto cargo.- El artículo 6o. del Decreto demandado viola el artículo 183 de la Constitución Nacional sobre derechos adquiridos de las entidades territoriales, pues se les constriñe a donar recursos propios en favor de la Nación.

Séptimo cargo.- Incompetencia de los funcionarios que expidieron el acto acusado "... pues la materia de que trata no es objeto del ejercicio de la potestad reglamentaria sino materia de una ley de la República", como lo determina el artículo 182 de la Constitución Nacional.

Octavo cargo.- Desviación de las atribuciones propias del Gobierno Nacional, pues el Decreto acusado no reglamenta la Ley 43 de 1975, sino el Decreto 898 de 1981 que atribuyó a las entidades regionales y a sus Cajas de Previsión Social el pago de prestaciones médicas y económicas de los funcionarios docentes y administrativos nacionalizados, lo cual resulta un contrasentido, además, de que ella se utilizó para despojar a las mencionadas entidades de parte de sus rentas.

Expediente No. 3207

Al igual que se planteó al inicio del resumen de los cargos en el expediente No. 382, para efectos del posterior análisis de los aquí formulados se hace indispensable presentarlos como se expresa a continuación, pues la parte actora hace referencia a ellos en forma desordenada e indiscriminada y, por ende, carente de toda metodología (fls. 18 a 22):

Primer cargo.- Los artículos 1o. y 2o. del Decreto acusado violan el artículo 158 del Decreto 01 de 1984 pues reproducen normas anuladas por el Consejo de Estado, en sentencia proferida por la Sección Primera el 29 de mayo de 1985, con ponencia del Consejero de Estado Samuel Buitrago Hurtado dentro del expediente No. 4371, en la medida en que, según se dispone en ellas "...se toma como fecha de nacionalización el 1o. de enero de 1981".

Segundo cargo.- El artículo 3o. del acto acusado viola los artículos 30, 120-3 y 183 de la —hoy derogada— Constitución Nacional y la Ley 43 de 1975, por las mismas razones expuestas en el cargo anterior, y por las siguientes:

Si el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 determina que los pasivos resultantes de la nacionalización se determinarán de común acuerdo entre la Nación y las respectivas entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá, mediante liquidación proforma, mal puede establecerse que se toma como fecha de nacionalización el 1o. de enero de 1981, pues de esta manera "No hay, pues, una fijación de común acuerdo, sino una imposición adoptada por un simple Decreto ejecutivo sin fuerza de ley, que a más de modificar la Ley 43 de 1975, abusando de la potestad reglamentaria, con violación del artículo 120-3 de la C.N., en el fondo está afectando e interviniendo los patrimonios de las secciones territoriales y de sus respectivas Cajas de Previsión".

Por lo expresado en el párrafo anterior, también se violan los artículos 30 y 183 de la Constitución Nacional, pues al imponer obligaciones onerosas a los mencio-

nados entes y organismos, se configura, en la práctica, un despojo de las participaciones, en favor de la Nación. Además, a la Nación le está prohibido intervenir y disponer del patrimonio de las Secciones Territoriales o de sus Cajas de Previsión.

Tercer cargo.- El artículo 4o. del Decreto 221 de 1986 transgrede el artículo 30 de la —hoy derogada— Constitución Nacional, pues al fijarle a las entidades Seccionales y a las Cajas de Previsión Social las tarifas o tasas allí mencionadas, equivale a un despojo de los derechos adquiridos por ellas con justo título, al desconocer "... las tarifas que existan en las respectivas entidades territoriales, anteriores a la Ley 43 de 1975, las cuales son desde todo punto de vista mayores o superiores a las tarifas fijadas en el D. 221".

En consecuencia, el art. 4o. acusado incurre además, en violación de los artículos 13, numerales 1 a 4 del Decreto 3133 de 1968, pues la organización y funcionamiento de las Cajas de Previsión corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, y al Concejo de Bogotá, respecto de su Caja de Previsión Distrital.

"De modo que resulta indebida e ilegal la competencia que asume el Gobierno Nacional para intervenir por medio del Decreto Reglamentario 221 de 1986 en el desarrollo de las actividades propias de las Cajas Seccionales y de la del Distrito Especial; tal vez de ahí resulta que el Gobierno Nacional exija en forma abusiva e ilegal la firma de "convenios", pretendiendo validar los actos ilegales que motivan esta demanda".

Cuarto cargo.- El artículo 5o. del Decreto demandado viola el artículo 120-3 de la —hoy derogada— Constitución Nacional y la Ley 15 de 1982, pues "...excede el poder reglamentario del Gobierno y extiende ilegalmente la calidad de inembargables a recursos destinados al pago de prestaciones sociales distintas de pensiones de jubilación, vejez e invalidez y de sobrevivientes" (sic). Si la Ley 15 de 1982 solo dispuso sobre la inembargabilidad de fondos para el pago de pensiones, mal puede el citado artículo referirse no solo a ellas, sino a prestaciones sociales en general.

c) Razones de la defensa

Expediente No. 382

En este proceso no aparece ninguna actuación de la parte demandada, no obstante haber sido debidamente notificada del auto admisorio de la demanda y haber designado apoderado.

Expediente No. 3207

En relación con el primer cargo.- Para tomar como fecha de referencia de la nacionalización de la educación el 1o. de enero de 1981 se tuvo en cuenta no solo la Ley 43/75 que estableció un término de 5 años en los cuales la Nación asumiría, poco a poco, las exigencias, al tiempo que las entidades territoriales cumplían con sus obligaciones adquiridas con anterioridad, sino también reiterada jurisprudencia, de la cual se cita la respuesta de la Sala de Consulta y Servicio Civil del

Consejo de Estado a la consulta formulada por el Ministro de Educación Nacional, donde se expresa que la nacionalización solo se entiende perfeccionada cuando se cumpla una serie de requisitos señalados en la misma Ley y que conllevan el agotamiento de ciertos pasos que deban agotarse, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2o. de la Ley 43 de 1975 y 4o. y 5o. del Decreto 223 de 1977.

Además, el artículo 158 del C.C.A. "...se refiere al procedimiento administrativo y es de la competencia del Consejo de Estado, el cual le ha dado estricto cumplimiento en el curso de la presente demanda".

En relación con el segundo y tercer cargo.- La figura jurídica consagrada en el artículo 30 de la —hoy derogada— Constitución Nacional no aparece involucrada en las normas acusadas y, por el contrario, las Cajas Seccionales de Previsión "...están obligadas a prestar los servicios al personal nacionalizado, en razón a los recursos que han venido recibiendo de la Nación por participación en el impuesto a las ventas, al aporte del empleado, al aporte patronal para la previsión social y prestaciones diferentes a cesantías".

La potestad reglamentaria fue ejercida dentro del marco que traza la Constitución, pues en las normas acusadas no se introducen nuevos elementos, ni se violenta el espíritu del Legislador.

El artículo 13 del Decreto 3133 de 1968 "Nada tiene que ver con las normas acusadas, en cuanto que los recursos a que éstos se refieren son de carácter nacional y no territorial como se pretende hacer creer".

El artículo 73 del mencionado Decreto "Fue declarado inexequible según consta en sentencia del 1o. de octubre de 1969, Gaceta Judicial CXXXVII, 396".

En relación con el cuarto cargo.- En cuanto a la posible violación del artículo 120-3 de la Constitución, el argumento es el mismo que se dejó consignado en el punto que antecede.

Sobre la violación de la Ley 15 de 1982, no existe manifestación alguna, ni en la contestación de la demanda, ni en el alegato de conclusión.

d) Concepto fiscal

Expediente No. 382

A excepción del artículo 5o. del Decreto 221 de 1986, el Agente del Ministerio Público considera que se deben despachar desfavorablemente las demás súplicas de la demanda, por lo siguiente:

En relación con el artículo 1o.- Se comparte el criterio expresado en el auto admisorio de la demanda, en el sentido que la expresión demandada no viola la Ley 43 de 1975, por cuanto no se impone obligación alguna a los entes territoriales, sino que se les señala un procedimiento solo a aquellos que deben aportar a las Cajas de Previsión Social.

En relación con el artículo 2o.- Esta norma simplemente consagra un mecanismo que permite hacer viable el manejo de los recursos que se alleguen por con-

cepto de lo previsto en el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 y la Ley 12 de 1982. Menos aún resulta ilegal "... si lo que consagró la norma fue un sistema en manejo conjunto de recursos entre la entidad responsable de los mismos y la entidad proveedora, de ahí las figuras de la ordenación y del auditaje allí consagradas".

En relación con el artículo 3o.- En el inciso 2o. del artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 se establece claramente que las prestaciones sociales que se causen a partir de la nacionalización serán atendidas por la Nación, y determina un régimen especial para las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá. Pero ocurre que "... ese tiempo de nacionalización debe entenderse obviamente como el momento en que la *totalidad* de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación sea asumida por la Nación lo cual sólo ocurre, de acuerdo con el artículo 3o. de la Ley 43 de 1975, el 31 de diciembre de 1980, pues mientras tanto simplemente hay es una nacionalización gradual (20% cada año desde el 1o. de enero de 1976); de suerte que si el acto demandado asumió como fecha de nacionalización para efectos de la liquidación proforma a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 43 citada el 1o. de enero de 1981, simplemente está reiterando el principio que consagró la norma reglamentada: La educación quedó completamente nacionalizada el 1o. de enero de 1981" (Subrayas en el texto original).

En relación con el artículo 4o.- En esta norma simplemente se fijaron los criterios a tener en cuenta para realizar la liquidación proforma que consagró el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, y para ello "... fijó unos porcentajes a cargo de la Nación, cuya cuantía difiere en aumento con el transcurso del tiempo, de una manera tal que permite una eficaz y posible asunción de tales costos por parte de tal ente...".

En relación con el artículo 5o.- "... es palpable el exceso en que se incurrió por parte del Gobierno al exceder la norma reglamentada y en consecuencia esta Fiscalía es del parecer que, como se dispuso mediante la medida provisional de la suspensión, probado el exceso debe declararse ahora la nulidad de dicho artículo".

En relación con el artículo 6o.- El cargo contra esta norma está edificado sobre afirmaciones subjetivas del actor, frente a las cuales no se aportaron pruebas que permitan desvirtuar la presunción de legalidad de la misma.

Finalmente la Fiscalía sugiere que en la sentencia se haga un pronunciamiento sobre el abandono de este proceso por parte de los representantes de la Nación y, si es del caso, se solicite la correspondiente investigación (fls. 45 a 52).

Expediente No. 3207

En relación con los artículos 1o., 2o. y 6o. del Decreto 221 Sección Primera de la Corporación en el auto admisorio de la demanda dentro del expediente No. 382, en donde se pronuncia sobre la no viabilidad de la suspensión provisional de estas normas.

Sobre la petición de nulidad del artículo 3o. del Decreto acusado, se estima que ella debe ser atendida favorablemente, pues comulga con lo expuesto por la Sección Segunda de la Corporación en el auto que decretó su suspensión provisional (fls. 32 a 33).

En relación con el artículo 4o. del acto acusado, se considera que, como se expresó en la providencia del 17 de junio de 1988, el actor se limita a afirmar que es violatorio de la Ley 15 de 1982, sin individualizar el artículo que de ella se estima quebrantado.

Acerca del artículo 5o. del Decreto demandado, se solicita su nulidad por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, tal como se concluyó en la providencia que decretó su suspensión provisional dentro del expediente No. 382 (fls. 70 a 72).

E. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Expediente No. 382

En relación con el primer cargo.- De la simple lectura del texto del artículo 1o. del Decreto 221 de 1986 contentivo de la expresión cuya nulidad se solicita, la Sala encuentra que éste no incurre en la alegada violación de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 43 de 1975, ni del artículo 183 de la anterior Carta Política, pues como se expresó en el análisis del primer cargo formulado en contra del artículo 1o. del Decreto 2848 de 1985, las entidades territoriales o sus Cajas de Previsión son responsables tanto del pago de las prestaciones sociales del personal de la educación causadas hasta el momento de la nacionalización, como de aquellas que a tal época adeudarían por concepto de las no causadas o no exigibles a dicho momento.

De otra parte, contrariamente a lo expuesto por el actor, la Sala considera que cuando la norma demandada se refiere al "...personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975..." con ello tan solo se está reconociendo una simple consecuencia derivada de la nacionalización de la educación, sin que ello pueda entenderse en el sentido de que se está consagrando e imponiendo en contra de las entidades territoriales o de sus Cajas de Previsión la obligación de pagar prestaciones sociales que, conforme a dicha Ley, son de cargo de la Nación.

Además, como se expresa en el auto admisorio de la demanda, en el cual se decidió sobre la solicitud de suspensión provisional de la expresión cuya nulidad se solicita:

> "No aparece violatoria de ninguna norma de mayor jerarquía el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 221 de 1986 por el hecho de decir que los recursos que deban aportar las entidades territoriales para dar cumplimiento a los preceptos de la Ley 43 de 1975, se manejen de determinada manera. Nótese que el texto no está imponiendo obligación y sólo se limita a señalar un procedimiento para las entidades territoriales que 'deban' aportar dineros para los fines allí indicados, lo cual supone que si no tienen deuda alguna, dichas entidades no están cobijadas por la disposición".

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el segundo cargo.- Fundamentándose, como se fundamenta este cargo, en que el artículo 2o. del acto acusado crea servicios a cargo de las

entidades territoriales, pero constatando la Sala que dicha norma no regula tal aspecto, sino que se limita a determinar quiénes tienen la calidad de ordenadores del gasto de los recursos de que trata el artículo 1o. ya analizado, es del caso, y sin más consideraciones, declarar su no prosperidad.

En relación con el tercer cargo.- Toda vez que este cargo contra el artículo 3o. del acto acusado se sustenta en la transgresión del artículo 76, numeral 11, del Decreto 01 de 1984, el cual consagra como causal de mala conducta de los funcionarios públicos la de reproducir actos anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por la sencilla razón de que este proceso tiene por finalidad decidir sobre la legalidad o ilegalidad de las normas cuya nulidad se solicita, más en momento alguno sobre la responsabilidad en que pudiesen haber incurrido los funcionarios que las expidieron.

En relación con el cuarto cargo.- Se recuerda que este cargo se dirige en contra del artículo 4o. del Decreto 221 de 1986, el cual establece el criterio que se debe tener en cuenta para efectuar la "liquidación proforma" de que trata el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, es decir, para determinar los pasivos que por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización, deben cancelar a la Nación las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá, dentro del término de diez (10) años y por cuotas partes.

También se recuerda, para precisar, que el actor considera que con los porcentajes establecidos en la citada norma se reducen unilateralmente aquellos que la Nación debe pagar a las Cajas de Previsión Social, hecho este que estima "indebido" y como un "castigo injusto" por cuanto conduce a la inminente quiebra de tales entidades que se ven obligadas a trabajar a pérdida, y que conlleva un "atropello" y un despojo de derechos adquiridos y de bienes y rentas de las entidades territoriales. Además, el actor considera como un "atropello" el que en el parágrafo 1o. de esta norma se consagre que la Nación pague obligaciones ya causadas y en mora, sin reconocimiento alguno de intereses.

Pues bien, auncuando el actor no precisa en este cargo las normas que considera transgredidas por el mencionado artículo 4o. del acto demandado, de las escuetas argumentaciones que en sustento del mismo expone en la demanda, la Sala considera que ellas pudiesen estar referidas a lo dispuesto por los artículos 30, 120-3 y 183 de la Constitución Política de 1886.

No obstante lo anterior, y como atrás se consignó, la Sala se encuentra ante la situación de que el actor pretende fundamentar el cargo en simples afirmaciones o en apreciaciones subjetivas, sin que llegue a plantear concreta y jurídicamente el concepto de violación de las normas presuntamente violadas.

Siendo ello así, para la Sala resulta evidente que no puede prosperar la referida pretensión anulatoria, por cuanto el carácter de justicia rogada que tradicionalmente se reconoce a la justicia contencioso administrativa, de acuerdo con la jurisprudencia de esta misma Corporación y en virtud de lo dispuesto por el numeral 4) del artículo 137 del C.C.A. que ordena que "cuando se trate de la impugnación

de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación", implica que el juez solo puede analizar, para resolver la litis, las normas aducidas por el actor como violadas, y en estrecha e íntima relación con el concepto que de su violacion se exponga en su demanda.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el quinto cargo.- El artículo 5o. del acto acusado dispone que de conformidad con la Ley 15 de 1982 y el Decreto 3040 de 1983, los recursos a que se refiere dicho acto son inembargables y, por tanto, las deudas por concepto de prestaciones sociales, resultantes de acciones judiciales, serán de cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión Social Seccional, según el criterio establecido en el artículo 3o.

El artículo 1o. de la citada Ley 15 de 1982, que sirve de fundamento a la norma en estudio dispone:

> "Los dineros oficiales para el pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables: deberán manejarse en cuenta especial y no pueden ser en ningún caso trasladados o llevados a cuenta distinta, así sea transitoriamente".

Por su parte, el Decreto 3040 de 27 de octubre de 1983, que también se invoca en la norma acusada preceptúa acerca del traslado de un Oficial Superior de la Policía Nacional, como lo advierte el demandante.

De la simple confrontación de la norma acusada con el artículo 1o. de la Ley 15 de 1982, transcrito, la Sala evidencia que, tal como se consideró en el auto admisorio de la demanda, aquella incurre en una palmaria transgresión de la segunda puesto que amplía a todo el género de prestaciones sociales la inembargabilidades de los recursos que la Nación y las entidades territoriales aportan para el pago de las mismas, inembargabilidad que la norma superior taxativamente limita a los dineros oficiales destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte.

Estando por consiguiente acreditada la violación del artículo 1o. de la Ley 15 de 1982 en que incurrió por parte del Gobierno Nacional al dictar la norma bajo estudio, la nulidad que se solicita en este cargo habrá de prosperar, y así se decidirá en la parte resolutiva de este fallo.

En relación con el sexto cargo.- Estima el actor que el artículo 6o. del acto demandado incurre en violación del artículo 183 de la Constitución Política de 1886, en la medida que allí se dispone "... que la Nación y las entidades territoriales suscribirán convenios para liquidar de manera perjudicial para éstas, obligaciones claras y actualmente exigibles".

Para la Sala es evidente que este cargo no puede prosperar, por la sencilla razón de que la norma acusada simplemente autoriza a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional para, entre otros asuntos, suscribir convenios con las entidades territoriales y/o Cajas de Previsión Social Seccionales o

entidades oficiales que hagan sus veces, encaminados a determinar los pasivos a cargo de la Nación o de dichas entidades, autorización esta que de ninguna manera podría conllevar la violación de la citada norma constitucional, en la medida en que solo constituye una atribución de competencia, no susceptible, en sí misma considerada, de generar obligaciones de carácter económico.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En relación con los cargos séptimo y octavo.- En estos cargos se predica como causal de nulidad del acto acusado, que éste, en su integridad fue expedido por funcionarios incompetentes y con desviación de las atribuciones propias del Gobierno Nacional, en razón de que su contenido es propio de una Ley y no reglamenta la Ley 43 de 1975, sino que la contradice.

Como las reflexiones generales que hace el actor en su demanda para sustentar estos cargos se refieren a aspectos ya definidos en los cargos anteriores, la Sala estima que los mismos han sido objeto de estudio y respuesta, por lo cual resultan innecesarias consideraciones adicionales.

Expediente No. 3207

En relación con el primer cargo.- Como quiera que la base de este cargo se cimenta en que los artículos 1o. y 2o. del acto acusado reproducen normas anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incurriendo con ello en violación del artículo 158 del Decreto 01 de 1984, la Sala procederá a su análisis de la siguiente manera:

Mediante sentencia de 29 de mayo de 1985, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, dentro del Expediente No. 4371, de la cual fue Ponente el Consejero doctor Samuel Buitrago Hurtado y parte actora el ciudadano Rafael Juvinao, se dispuso:

> "1o. Es nulo el artículo 1o. del Decreto 223 de 3 de febrero de 1977 expedido por el Presidente de la República en la parte que reza: "...en la medida en que se perfeccione, en cada caso, el proceso que ejecute la nacionalización" y el artículo 6o. ibídem en la parte que dice: "... y cumplidos los requisitos reglamentarios que en desarrollo de la misma se señalan en el presente decreto".
>
> "2o. En consecuencia, las disposiciones a que se refiere el anterior numeral quedarán así:
>
> "Artículo 1o. Para efectos de la declaratoria de nacionalización de la educación primaria y secundaria formulada en la Ley 43 de 1975, la Nación procederá a cubrir los costos de que trata el artículo 2o. de esta ley.
>
> "Las apropiaciones y erogaciones presupuestales necesarias para dar cumplimiento a los artículos 2o., 3o., 4o., y 6o. de la referida ley deberán efectuarse con arreglo a las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto y a las que para las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá, regulan sus respectivos presupuestos.

"Artículo 6o. Una vez efectuados los pagos porcentuales de que trata el artículo 3o. de la Ley 43 de 1975, se entenderá perfeccionada la ejecución del proceso de nacionalización ordenado por la referida ley, sin perjuicio de las demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes".

"3o. Deníeganse las demás súplicas de la demanda (Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre 1985, Nos. 485 - 486, Año LX. T. CVIII pp. 113 a 120).

Para adoptar la decisión transcrita esta Corporación consideró, en lo esencial, lo siguiente:

"No deja duda alguna el texto de la ley en estudio, que el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria, por la cual la Nación asume la totalidad de los gastos de funcionamiento, se inició el 1o. de enero de 1976, mediante el pago del 20% que en dicho año se operó, hasta culminar el 31 de diciembre de 1980, fecha en la cual la Nación debió absolver el 100% de los gastos. De acuerdo a lo anterior, por perentorio e indubitable mandato legal, a partir del 1o. de enero de 1981 son de cargo exclusivo de la Nación todos los gastos de funcionamiento de la educación primaria y secundaria. El Decreto 223 de 1977, so pretexto de reglamentar la ley, le introduce modificaciones esenciales, al prorrogar el plazo dentro del cual debe empezar la Nación a cubrir los costos de que trata el artículo 2o. (prestaciones sociales), hasta el momento "en que se perfeccione, en cada caso, el proceso que ejecute la nacionalización" (art. 1o. del decreto reglamentario), añadiendo el artículo 6o. que dicho proceso se entenderá perfeccionado, no sólo cuando se hayan efectuado los pagos porcentuales previstos en el artículo 3o. transcrito, sino cuando se hayan cumplido "los requisitos reglamentarios" señalados en el decreto, esto es, se hayan dictado las normas necesarias para la constitución de las garantías de que habla el artículo 4o., se establezcan los pasivos mediante la liquidación proforma de que tratan los artículos 2o. de la Ley 5a. del decreto, y celebre el Gobierno Nacional los contratos con las entidades territoriales para atender el pago de prestaciones.

"La simple comparación de la norma reglamentada con la reglamentaria evidencia pues que ésta contempla un asunto no previsto en la primera introduciéndole por ende modificaciones, con manifiesta violación, no solo de la ley reglamentada, sino del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política".

Previa lectura de las normas acusadas en el cargo bajo estudio, la Sala considera que ninguno de sus ordenamientos incurre en transgresión de la citada disposición legal, puesto que en ellas no se hace mención alguna acerca de la fecha que se debe tomar como de nacionalización de la educación, como enfáticamente lo afirma el actor, ni mucho menos a las expresiones cuya nulidad declaró esta Corporación.

En efecto, mientras que en la citada sentencia se expresa que a partir del 1o. de enero de 1981 son de cargo exclusivo de la Nación todos los gastos de funciona-

miento de la educación primaria y secundaria, los artículos 1o. y 2o. del Decreto 221 de 1986, demandados, tratan sobre asuntos relacionados con la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales del personal de la educación nacionalizada, y a la designación de los ordenadores del gasto de dichos recursos.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el segundo cargo.- Mediante el artículo 3o. del acto acusado, el cual se contrae este cargo, se dispone que "... se toma como fecha de la nacionalización el 1o. de enero de 1981, para efectos de elaborar la liquidación proforma de que trata el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, cuyo fin es el de determinar los pasivos a favor de la Nación y a cargo de las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá por concepto de las sumas que adeudarían a los servidores de los planteles, en razón de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización".

Esta misma norma indica, además, quiénes son los funcionarios encargados de cuantificar los mencionados pasivos y señala el 1o. de enero de 1981 como fecha a partir de la cual la Nación atenderá el pago de las prestaciones sociales del personal de la educacion nacionalizado por la Ley 43 de 1975.

Frente a este cargo, la Sala considera que el punto central a definir es el relacionado con la fecha a partir de la cual la Nación debió asumir el pago de las prestaciones sociales de dicho personal.

Para proceder al análisis correspondiente, la Sala transcribe a continuación algunas de las consideraciones por ellas hechas en el estudio de los cargos primero formulados en los expedientes Nos. 1094 y 3207 en contra del articulo 1o. del Decreto 2848 de 1985, que por esta misma sentencia se decide. En ellas, esta Sala expresó lo siguiente:

> "A efecto de definir lo concerniente a la distribución de la carga prestacional del personal educativo teniendo en cuenta el período anterior y posterior a la realización del fenómeno de la nacionalización de la educación primaria y secundaria, el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 consagró dos regulaciones para tales efectos, consistentes, la primera de ellas, en que las prestaciones sociales correspondientes al personal adscrito a los establecimientos que quedaban nacionalizados y que se hubieren causado hasta el momento de la nacionalización serían de cargo de las entidades a que pertenecían tales planteles o de las respectivas Cajas de Previsión. La segunda regulación fue la consistente en que las prestaciones sociales que se causan partir del momento de la nacionalización serían atendidas por la Nación, con la salvedad de que las entidades territoriales deberían pagar a aquellas las sumas que hasta entonces adeudarían a los servidores de los planteles "...por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización".

Pues bien, con la finalidad de que la Nación asumiera gradualmente los gastos que implicaba la nacionalización de la educación, y así evitarle las graves dificul-

tades financieras que podrían derivarse de la inmediata absorción de la totalidad de la carga laboral, el artículo 3o. de la Ley 43 de 1975 dispuso que durante el término de cinco (5) años, contados a partir del 1o. de enero de 1976, la Nación pagaría anualmente y en forma progresiva y acumulativa el 20% de los gastos de funcionamiento (personal) de la educación primaria y secundaria oficiales que sufragaban los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios, "...hasta llegar a absolver el ciento por ciento (100%) de los mismos en 1980 (de 1976 a 1980)".

El texto de esta norma, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 1o. y 2o. de la misma Ley indica, a juicio de la Sala, que sin lugar a dudas, "... el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria, por la cual la Nación asume la totalidad de los gastos de funcionamiento, se inició el 1o. de enero de 1976, mediante el pago del 20% que en dicho año se operó, hasta culminar el 31 de diciembre de 1980, fecha en la cual la Nación debió absolver el 100% de los gastos" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 29 de mayo de 1985. Consejero Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, Actor: Rafael Juviano, Expediente No. 4371).

Necesaria consecuencia de lo expuesto es que para efecto de determinar los pasivos a cargo de las entidades territoriales y del Distrito Especial de Bogotá por concepto de prestaciones sociales no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización, debe necesariamente tenerse en cuenta que a partir de 1976 la Nación fue asumiendo en un 20% anual progresivo las sumas que se generaren por dicho concepto, entre otros.

De lo anterior resulta que en la medida en que la Nación fue asumiendo anual y progresivamente los gastos de funcionamiento de la educación, dentro de los cuales se encuentra obviamente las prestaciones sociales del personal a su servicio, en la misma medida anual y progresiva las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá fueron disminuyendo sus obligaciones de responder ante la Nación por las sumas resultantes de prestaciones no causadas o no exigibles "...al tiempo de la nacionalización", como lo señala el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, tiempo este que de acuerdo con la jurisprudencia transcrita y con lo dispuesto por el artículo 3o. de la misma Ley, debe ser considerado como aquél en el cual culminó dicho proceso, es decir, el 31 de diciembre de 1980.

Lo anterior quiere decir, en suma, que cuando la norma acusada adopta como fecha de nacionalización de la educación el 1o. de enero de 1981, para de ello deducir que sólo a partir de tal fecha la Nación asume las prestaciones sociales del personal de dicho sector, se incurre en una clara extralimitación de la potestad reglamentaria del Jefe del Estado, pues desconoce que a partir de 1976 la Nación debió asumir anual y progresivamente, en los términos expuestos, los gastos que en su contra se generaron como consecuencia de dicha nacionalización, con lo cual no sólo se viola el artículo 120-3 de la Constitución Política de 1886, sino las mismas normas que mediante ellas se pretende reglamentar, por esta razón es del caso declarar la prosperidad del cargo que se analiza y, en tal virtud, en la parte

resolutiva de este fallo se procederá a declarar la nulidad del artículo 3o. del Decreto 221 de 1986.

En relación con el tercer cargo.- Este cargo, formulado contra el artículo 4o. del Decreto 221 de 1986, se sustenta en que dicha norma incurre en violación de los artículos 13, numerales 1 a 4 y 73 del Decreto 3133 de 1968 y, como consecuencia de ello, en transgresión del artículo 30 de la Constitución Política de 1886.

Se recuerda que la norma demandada establece el criterio a seguir en la elaboración de la liquidación proforma de que trata el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975, lo cual es calificado por el actor como una indebida intervención del Gobierno Nacional en las actividades propias de las Cajas de Previsión Seccionales y del Distrito Especial de Bogotá pues, en su criterio, correspondiendo su organización y funcionamiento a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distrital, los aportes que establece el acto acusado son interiores a los que existían en las entidades territoriales antes de la expedición de dicha ley.

En relación con el artículo 73 del Decreto 3133 de 1968, cuya violación se predica, la Sala llama la atención acerca de que dicha norma fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 1o. de 1969, razón por la cual, al haber desaparecido de la vida jurídica con anterioridad a la expedición del acto acusado, no puede pretenderse su transgresión (Gaceta Judicial, Tomo CXXXVII, pp. 378 a 396).

En cuanto al artículo 13, numerales 1 a 4 del mismo Decreto 3133 de 1968, la Sala considera que el acto acusado no es susceptible de incurrir en su violación, pues dicha norma sólo contiene ordenamientos de tipo general, atributivos de competencia a los Concejos Municipales y al del Distrito Especial de Bogotá, de los cuales no resulta una contradicción, ni directa, ni indirecta, con lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 221 de 1986 que, como atrás se expresó, establece el criterio que se debe tener en cuenta para la determinación de las deuda de las entidades territoriales y del Distrito Especial de Bogotá, por concepto de prestaciones sociales del personal educativo, no causadas o no exigibles al tiempo de la nacionalización.

No encontrando la Sala que el acto acusado incurra en violación del artículo 13 del Decreto 3133 de 1968, tampoco puede predicarse la violación del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, más aún si se tiene en cuenta que el concepto de violación de esta última norma, expuesto en la demanda se reduce a indicar que el acto acusado conlleva "un despojo de los derechos adquiridos por ellas (entidades territoriales y Cajas de Previsión Social Seccionales) con justo título".

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En relación con el cuarto cargo.- Como quiera que el cargo se formula en contra del artículo 5o. del Decreto 221 de 1986 y que a su declaratoria de nulidad ha de proceder esta Corporación, de acuerdo con las consideraciones hechas en el estudio del quinto cargo dentro del expediente No. 382, la Sala se abstiene de analizarlo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oídos los conceptos de los señores Agentes del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- En relación con la solicitud de declaratoria de nulidad del artículo 1o. y de su parágrafo del Decreto 898 de 3 de abril de 1981:

Estese a lo dispuesto por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 18 de mayo de 1988, expediente No. 2176.

Segundo.- Declárase la nulidad del artículo 1o. del Decreto 2848 de 1o. de octubre de 1985, expedido por el Gobierno Nacional.

Tercero.- Declárase la nulidad de los artículos 3o. y 5o. del Decreto 221 de 21 de enero de 1986, expedido por el Gobierno Nacional.

Cuarto.- Deniéganse las demás súplicas de las demandas.

Quinto.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional.

Sexto.- En firme esta sentencia archívense los expedientes.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha ocho (8) de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,* Ausente.

ACTO ADMINISTRATIVO-Expedición/**ACCION DE NULIDAD/SUSPENSION PROVISIONAL**

Bajo la anterior normatividad procesal contencioso administrativa, si no había posibilidad de accionar contra el acto jurídico administrativo general no publicado, pues ello no era obligatorio para los particulares, tampoco había posibilidad de impetrar la medida precautelativa, accesoria a la acción principal, salvo que se alegara y demostrara la ejecución del acto jurídico por la Administración. La situación varió sustancialmente a partir de la expedición del Decreto Ley 2304 de 1989, pues a partir de dicha normatividad, la acción de nulidad "podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto", lo que conduce a que así como el acto administrativo puede ser demandado ante esta jurisdicción, a través de la acción de nulidad, sin necesidad de su publicación, también es posible la medida precautelativa de la suspensión provisional de sus efectos, que es accesoria a la acción principal, mas en casos como el que ocupa la atención de la Sala, en donde, como se dijo, se ha alegado y demostrado que las disposiciones del acto acusado se han venido cumpliendo o ejecutando por la Administración Departamental.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Decreto No. 0110 de enero 28 de 1992, expedido por el Señor Gobernador del Departamento de Norte de Santander.

CONTROL INTERNO/NORMA CONSTITUCIONAL-Desarrollo legal

El control interno, que se consagró en la actual Constitución Política, con el objeto, según se deduce de los artículos 209 y 269 de aquella, de suplir el previo que antes ejercían las contralorías, que, por excepción legal, puede no existir en determinadas entidades públicas y que igualmente en los términos de ley puede ser ejercido por empresas privadas, debe ser diseñado y aplicado, "de conformidad con lo que disponga la ley", según lo señalado expresamente por las normas constitucionales precitadas. En otras palabras: mientras no se expida por el Congreso

la ley que regule expresamente la materia relativa al control interno que ya no puede ser ejercido por las contralorías que deben limitar su actividad al control fiscal "en forma posterior y selectiva", las autoridades correspondientes a las cuales se refiere el artículo 269 de la Carta, no están autorizadas para diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, ni establecer excepciones, ni autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Ref: Expediente No. 2159. Acción de nulidad. Recurso de apelación contra la providencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por la cual se negó la suspensión provisional del acto acusado. Actor: *José Enrique García Sánchez.*

El actor, dentro del proceso de la referencia, interpuso ante esta Corporación recurso de apelación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con fecha julio nueve (9) del presente año, en cuanto por ella se negó el decreto de suspensión provisional de los efectos del Decretó 00110 de enero 29 de 1992, expedido por el señor Gobernador de dicho Departamento, por el cual se establece el Control Interno en el Departamento.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA.

Para denegar la suspensión provisional solicitada por el actor, el a-quo se fundamenta en la siguiente consideración:

> "....para el Tribunal resulta evidente que el Decreto número 110 del 29 de enero de 1992, acto administrativo de carácter general cuyo conocimiento debe llegar al ciudadano para que éste último esté debidamente informado sobre el manejo de los asuntos públicos y pueda ejercer un eficaz control, siguiendo las voces del artículo 8o. de la Ley 157 de 1985 (sic) y artículo 333 de C. de R.D. estos actos sólo regirán después de la fecha de publicación. Es decir, estamos en presencia de un acto cuya obligatoriedad está supeditada a su publicación, coligiéndose en consecuencia, la imposibilidad de ejecutarlo por parte de autoridad correspondiente hasta tanto dicha exigencia no se haya cumplido.
>
> "Así las cosas, jurídicamente es improcedente suspender provisionalmente un acto cuyos efectos derivados de su obligatoriedad aún no han comenzado a producirse por falta de publicación. Aclara si esta Corporación, ante

la situación que pudiera interpretarse en el sentido de que le bastaría a un funcionario poner en vigencia Acto Administrativos (sic) creadores de situación jurídicas(sic) impersonales sin publicarlos, para evitar de esta forma su control judicial,que la imposibilidad de ejecutar dichos actos sin previa publicación es una prohibición de ley".

II. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El actor, al interponer y sustentar el recurso de apelación contra la decisión de negar la suspensión provisional solicitada, considera que la medida precautelativa es procedente por cuanto, no obstante no haberse publicado en el periódico oficial del Departamento, se ha demostrado fehacientemente que se está ejecutando por la Administración.

Sin embargo, acontece que la Sala no puede entrar a considerar y decidir el recurso interpuesto por el actor, por haberse ejercitado extemporáneamente, razón por la cual no se le concedió por el *a-quo.*

III. EL RECURSO INTERPUESTO POR EL SEÑOR PROCURADOR 23 EN LO JUDICIAL PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.

No acontece lo mismo en relación con el recurso de apelación interpuesto por el señor agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que habrá de considerarse y decidirse por haberse interpuesto en tiempo y concedido por el *a-quo.*

Este recurso, se fundamenta, en síntesis, en las siguientes razones:

a)Del artículo 269 de la Constitución Política y de la Ordenanza que autorizó al Gobernador del Departamento para establecer los métodos y procedimientos *de control interno*, de conformidad con lo que disponga y reglamente la ley, se deduce con toda claridad y sin necesidad de mayor análisis que se establecieron métodos y procedimientos de control interno, pero que debe hacerse de conformidad con lo que disponga la ley, lo que no ha acontecido.

b) Además, el control fiscal lo ejercen los organismos creados para tal fin como son las Contralorías, y en este caso específico debe serlo la contraloría General del Departamento, como lo preceptúan las normas constitucionales citadas por el Gobernador en el acto acusado que se refieren a ese organismo de control de la gestión fiscal de los Departamentos.

c) Si se observan las pruebas aportadas al proceso aparece:

1. Que el Gobernador no ordenó la publicación de su Decreto, sino "simplemente Comuníquese y Cúmplase"; y 2. Que el acto administrativo acusado, pese a no haber sido publicado, se está ejecutando o aplicando en las diferentes dependencias, y, que, además, no fue expedido teniendo en cuenta el parágrafo del art. 13 de la Ordenanza que le dio facultades al Gobernador para tal efecto.

Por todo ello, solicita la revocación de la providencia impugnada, para que en su lugar, se decrete la suspensión provisional.

IV. LA DECISION.

Para decidir, *se considera*:

1. Bajo la anterior normatividad procesal contencioso-administrativa (art. 136, inciso primero, del C.C.A., primitivo u original), la acción de nulidad podía ejercitarse en cualquier tiempo *a partir de la expedición* del acto *o después de su publicación*, si necesitaba de este requisito para entrar a regir, lo que llevó a la jurisprudencia de los tribunales administrativos y de esta Corporación a sostener que si el acto administrativo, por lo general creador de situaciones jurídicas impersonales, abstractas, objetivas, necesitaba del requisito de la publicación para que entrara a regir, no se podía intentar demanda antes de que ello ocurriera, a menos que se alegara y demostrara que la Administración, no obstante la inobservancia de la regla de la publicación, lo estaba ejecutando, es decir, aplicando sus disposiciones.

Por consiguiente, si no había posibilidad de accionar contra el acto jurídico administrativo general no publicado, pues por ello no es o era obligatorio para los particulares, como lo prescribe el art. 43 del C.C.A. y la ley 57 de 1985, tampoco había posibilidad de impetrar la medida precautelativa, accesoria a la acción principal, o sea, la de nulidad, salvo, como se ha dicho, que se alegara y demostrara la ejecución del acto jurídico por la Administración.

2. La situación varió sustancialmente a partir de la expedición del decreto ley 2304 de 1989, por cuyo artículo 23 se subrogó el primitivo artículo 136 de C.C.A., pues, conforme a aquella disposición, la acción de nulidad "podrá ejercitarse en cualquier tiempo *a partir de la expedición del acto*", lo que conduce a que así como el acto administrativo puede ser demandado ante esta jurisdicción, a través de la acción de nulidad, sin necesidad de su publicación en el medio oficial de divulgación señalado por la ley para ello, también es posible la medida precautelativa de la suspensión provisional de sus efectos, que es accesoria a la acción principal, más en casos como el que ocupa la atención de la Sala, en donde, como se dijo, se ha alegado y demostrado que las disposiciones del acto acusado se han venido cumpliendo o ejecutando por la Administración Departamental.

En consecuencia, la Sala considera que son inaceptables los fundamentos jurídicos expuestos por el *a-quo* para denegar la suspensión provisional solicitada, y entrará a resolverla, conforme a lo planteado por el actor y el señor agente del Ministerio Público ante el Tribunal.

3. En ejercicio de Facultades precisas y pro témpore concedidas por la Asamblea Departamental, el jefe del ejecutivo en el Norte de Santander expide el acto acusado por medio del cual se implanta el sistema de control interno y de gestión en la administración departamental, central y descentralizada, para ser ejercido mediante un Director, unos jefes y unos auxiliares de Control Interno, invocándo-

se para ello las facultades conferidas por los artículos 4, 269, 272 y 380 de la actual Carta Política.

Ese Control Interno, que se consagró en la actual Constitución Política, con el objeto, según se deduce de los artículos 209 y 269 de aquella, de suplir el previo que antes ejercían las Contralorías, que, por excepción legal, puede no existir en determinadas entidades públicas y que igualmente en los términos de ley puede ser ejercido por empresas privadas, debe ser diseñado y aplicado, *"de conformidad con lo que disponga la ley", según lo señalado expresamente por las normas constitucionales precitadas.*

En otras palabras: mientras no se expida por el Congreso de la República la ley que regule expresamente la materia relativa al control interno, que ya no puede ser ejercido por las Contralorías que deben limitar su actividad al control fiscal "en forma posterior y selectiva", las autoridades correspondientes a las cuales se refiere el art. 269 de la Carta, que en el momento no se sabe si son las Asambleas Departamentales, el Gobernador del Departamento en cuanto hace a la administración central, o las autoridades de un ente descentralizado por servicio, no están autorizadas para diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, ni establecer excepciones, ni autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

Los artículos 4, 272 y 380 de la Carta, por lo demás, no pueden servir de fundamento a las Asambleas Departamentales o a los Gobernadores para implantar, diseñar y aplicar el susodicho control interno, según la naturaleza de las funciones de cada organismo administrativo, pues en este, como en muchos otros casos, la nueva Carta Política del país supedita el establecimiento de dicho control a lo que sobre el particular disponga previamente el Congreso, y nada de inconstitucional puede existir en esas disposiciones que justifique la excepción de inconstitucionalidad o que permita poner en la práctica, de manera inmediata como se ha hecho en el presente caso, el método o métodos y procedimientos de control interno.

Por consiguiente, la Sala encuentra que el acto administrativo acusado es ostensiblemente contrario a la norma superior de derecho, que es el artículo 269 de la Constitución, invocado por el demandante y el agente del Ministerio Público, en concordancia con el artículo 209 de la misma, no invocado por ellos, razón por la cual deberá revocarse la providencia recurrida, para en su lugar decretar la medida precautelativa solicitada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

REVOCAR la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con fecha julio nueve (9) del presente año, en cuanto por ella se negó la suspensión provisional del acto acusado, y, en su lugar, decretar la suspensión

provisional de los efectos del Decreto #0110 de enero 29 de 1992, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Norte de Santander.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Gobernador del Norte de Santander y al señor Presidente de la Asamblea del mismo Departamento, y devuélvase al tribunal de origen.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente.*

CONTRIBUCION DE VALORIZACION/EXPROPIACION

La "sesión gratuita y obligatoria" que contempla la norma acusada, no es propiamente una contribución de valorización. Frente a la situación regulada en la norma impugnada sobre la adquisición de predios requeridos para la realización de vías arterias del plan vial de la capital de la República se pueden presentar eventos en que no se da la contribución de valorización, como cuando se requiere de la totalidad del predio para la realización de la obra, o cuando la porción restante del predio no permite la debida utilización. El artículo acusado consagra una cesión obligatoria o gratuita, indiscriminadamente, es decir, en relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del plan vial, razón por la cual dicha norma estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración, haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación. DECLARA LA NULIDAD del inciso 1o. del artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente número 2055. Recurso de apelación contra la sentencia de 20 de Febrero de 1992, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: *Horacio Perdomo Parada*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 20 de Febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda y levantó la suspensión provisional que se había decretado en el auto admisorio de la misma.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El ciudadano y abogado HORACIO PERDOMO PARADA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que se declarara la nulidad del artículo 118, inciso 1o., del Acuerdo número 7 de 1987 "Por el cual se adopta el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá", expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en la parte que dice:

> "Artículo 118. Cesión Gratuita y Obligatoria: El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieran para las vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno".

I.2.- Invocó como normas violadas, los artículos 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional de 1886 y 1o. de la Ley 1a. de 1943:

Para sustentar dichas violaciones, adujo, en síntesis, lo siguiente:

a) *Con respecto al artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886*, manifiesta que una entidad, que no es el legislador, ha determinado por medio del artículo demandado la facultad para que el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá descuente el área de cesión gratuita y obligatoria equivalente al siete por ciento del área bruta del terreno cuando debe adelantar negociación directa o expropiación de los predios que requiera para vías arterias del Plan Vial.

Al establecer una cesión gratuita, se viola directamente el citado precepto constitucional, porque aquello significa todo lo contrario a expropiación con indemnización, además de desconocer el principio de los derechos adquiridos que se consagra en el canon superior.

b) *Con relación al artículo 33 de la Constitución Política*, es un hecho notorio que la ciudad de Bogotá no está en guerra, luego no se puede decretar expropiaciones por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y sin que sea previa la indemnización.

c) *Con respecto al artículo 34 de la Constitución*, afirma que mediante el artículo acusado se quebranta esta disposición porque se está imponiendo sencillamente la pena de confiscación.

d) *En cuanto a la violación del artículo 1o. de la Ley 1a. de 1943*, que define los motivos de utilidad pública o interés social para decretar la expropiación de predios urbanos, hace consistir la violación en que el legislador en ningún caso ha definido cuando hay lugar a cesión gratuita y obligatoria de un predio para la

construcción de una obra pública y sin embargo la acusada sí establece una expropiación sin indemnización previa que se traduce en la cesión gratuita y obligatoria del siete por ciento del área bruta de los predios que se necesiten para el Plan Vial.

Cita en respaldo de sus puntos de vista sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación.

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, alegaciones y concepto fiscal.

A la petición de suspensión provisional que formuló el actor en el libelo de la demanda se accedió por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por auto de 1o. de diciembre de 1988, el cual fue confirmado, por vía de apelación, por esta Sección mediante proveído de 23 de noviembre de 1989.

I.4.- La primera instancia culminó con la sentencia de 20 de febrero de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la pretensión de la demanda y levantó la suspensión provisional que de la norma acusada había decretado.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para negar la súplica de la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca razonó, en esencia, así:

La expropiación ha sido definida como un medio de adquirir el Estado el dominio de los bienes, previsto con el objeto de atender cumplidamente a los fines de utilidad pública e interés social.

El pago de la indemnización se fundamenta jurídicamente en la responsabilidad que le cabe al Estado por el acto lícito que infiere lesión patrimonial a quien se priva de su derecho de dominio para dar lugar al acrecimiento de los bienes públicos.

La ley 1a. de 1943 se ocupó de la expropiación de predios urbanos otorgando la facultad de declarar de utilidad pública o de interés social un fondo, entre otras finalidades, para "apertura y ampliación de calles", a los municipios capitales de departamento y aquellos otros cuya población sea o exceda de 25.000 habitantes. La permisión por razón de la población, se elevó a 50.000 habitantes por medio del Decreto Legislativo número 237 de 1957, que hizo extensiva las facultades a los municipios respectivos.

Es de anotar que el artículo 2o. de la mencionada ley 1a. precisó que se entiende de utilidad pública o interés social "la expropiación de toda el área general de la cual forme parte la porción en que haya de ejecutarse la respectiva obra".

Con la expedición de la Ley 9a. de 1989, en la cual se dedica todo un capítulo, el II, al tema del espacio público, se clarifica el concepto urbanístico de bienes de uso público, en los artículos 5o., 6o., y 7o., dentro del cual es necesario que los

municipios, incluido el Distrito Especial, sean los propietarios de los bienes de uso publico que subyacen en la esfera de la potestad reglamentaria de sus corporaciones administrativas de elección popular, los que pueden adquirir, del mismo modo que la Nación, por compra o expropiación, con o sin indemnización, y cesión gratuita u obligatoria, o compensatoria, sin perjuicio de los demás modos de adquirir, como la donación.

La adquisición de terrenos de propiedad de particulares, para la realización de obras de urbanismo por el sistema de valorización, materia a que alude contextualmente la norma acusada, ha constituido sin lugar a dudas, un mecanismo ágil de obtener la incorporación de la propiedad particular al acervo de bienes públicos que han de resultar al final con la ejecución de las obras de que se trate, pero ha previsto simultáneamente con la negociación en ciernes, el descuento de una parte del área a incorporar con la cesión obligatoria y gratuita por la generación de plusvalía, acrecimiento o mayor valor que la realización del proyecto urbanístico determinado genera en favor de la propiedad particular, en virtud del concepto de "beneficio", elemento característico de valorización, que como consecuencia de aquel se produce y es el ámbito dentro del cual la cesión se efectúa.

Debe entenderse, en consecuencia, que el descuento de una porción del área objeto del negocio jurídico de la compraventa, corresponde o es equivalente a la valorización o plusvalía generada por la obra, que el vendedor debe ceder para compensar el mayor valor a su favor, que se descuenta a título de anticipo.

En respaldo de los anteriores criterios el Tribunal acude a apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1989, dictada en el expediente 1937, invocada por el apoderado del interviniente opositor.

Además, resulta claro que la cesión cuestionada no lesiona los mandatos invocados en relación con la expropiación con indemnización o sin ella, pues es atinente a un gravamen u obligación fiscal contemplada en el Estatuto que corresponde al régimen de valorización, que es autónomo y constitucional, sin que sea válido enfrentarlo a otra clase de ordenamiento.

Por otra parte, es coherente el carácter de obligación fiscal con el principio de la propiedad - función social, en tanto los impuestos y contribuciones constituyen fuente primordial de los ingresos del Estado, con los cuales atiende, entre otros, los gastos sociales en salud, educación, vivienda y desarrollo.

Así que la obligación fiscal consagrada en la norma acusada es compatible con el artículo 30 de la Carta Política, vigente cuando el Estatuto de Valorización del Distrito, convertido en el Acuerdo 7 de 1987, se promulgó, y con el 58 del nuevo ordenamiento constitucional.

En relación con la presunta infracción del artículo 34 de la Carta, que prohibe la confiscación, se deduce de lo anterior, afirma el a-quo, que menos puede tildarse de confiscatoria la disposición acusada, cuando se ha señalado su carácter de obligación fiscal.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor manifiesta en el escrito de sustentación del recurso su discrepancia con la sentencia, aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

La sentencia del Tribunal interpreta equivocadamente la norma acusada al no encontrar ninguna contradicción en que para la construcción de una vía pública el beneficiado contribuya con el Impuesto de Valorización y, además, con la obligación de ceder gratuitamente el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- el 7% de la extensión del predio como beneficio por el mismo hecho.

El término "cesión" está tomado en la norma acusada en sentido muy diferente a lo que el Código Civil en su artículo 1672 entiende y define como tal: el abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes a su acreedor o acreedores.

Y como el artículo demandado dice que la cesión debe ser gratuita, ello significa que está obligado a entregar sin recompensa el 7% de la extensión del predio, es decir, expropiación sin indemnización.

Por supuesto que el 7% resulta enteramente caprichoso. Se acabará así el principio de expropiación con indemnización consagrado en el artículo 58 de la Constitución actual para reemplazarlo por el de impuesto de valorización más cesión gratuita en el porcentaje que la entidad pública determine.

También se interpreta equivocadamente la sentencia de la Corte de 9 de noviembre de 1989, porque lo que esta dice es que la cesión cabe para terrenos que se pretendan urbanizar y que no puede extenderse a vías que se van a construir por valorización.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La norma demandada: el artículo 118, inciso 1o., del Acuerdo número 7 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital de Santafé de Bogotá), faculta al Instituto de Desarrollo Urbano para descontar, con carácter de cesión gratuita y obligatoria, el 7% del área bruta del terreno sobre el cual ha de efectuarse una negociación directa o una expropiación, para vías arterias del Plan Vial.

El mencionado Acuerdo "adopta el Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá", según reza el epígrafe que condensa su contenido. Su artículo 1o. define la "contribución de valorización como un gravamen real sobre las propiedades inmuebles, sujeta a registro destinado a la construcción de una obra, plan o conjunto de obras de interés público que se impone a los propietarios o poseedores de aquellos bienes inmuebles *que se beneficien con la ejecución de las obras*" (subraya la Sala). El artículo acusado, denominado "Cesión Gratuita y Obligatoria", se encuentra ubicado en el Título VIII- Capítulo I, que trata "De la adquisición de inmuebles que se requieren para Adelantar Obras Públicas por el Sistema de Valorización".

De la exigibilidad y pago de la contribución de valorización tratan los Capítulos Primero y Segundo del Titulo VII -Artículos 89 a 105- y en ninguna de sus disposiciones se prevé que la cesión gratuita y obligatoria se tenga como una forma de pago de la contribución de valorización o un anticipo de la misma, como se plantea en la sentencia. De modo que unas son las normas que regulan la adquisición de los predios que se requieren para la realización de obras públicas por el Sistema de Valorización y otras las que se refieren a la contribución que deben cumplir los propietarios de los predios que se beneficien con dicha obra.

El artículo 121 del mencionado Estatuto de Valorización establece una compensación que opera a favor de la Administración en el sentido de que del valor de la parte del predio vendido o expropiado se descuenta el correspondiente a la contribución de valorización por el predio restante, lo que permite afirmar que dicho descuento se efectúa sin tener en cuenta el valor de la cesión.

Estas apreciaciones que corresponden, mutatis mutandi, a las consignadas en uno de los salvamentos de voto a la sentencia apelada y, que esta Sala prohija, permiten en efecto concluir que la "cesión gratuita y obligatoria" que contempla la norma acusada, no es propiamente una contribución de valorización, como se sostiene en el fallo del a-quo.

Ahora bien, de conformidad con los artículos 3o. de la Ley 25 de 1921 y 234 del Decreto Ley 1333 de 1986, la contribución de Valorización se establece en razón del beneficio que obtiene la propiedad inmueble con motivo de la ejecución de obras públicas, filosofía que se reitera en la definición que de tal concepto trae el Estatuto de Valorización de Bogotá, como atrás se anotó.

Es claro que frente a la situación regulada en la norma impugnada sobre la adquisición de predios requeridos para la realización de vías arterias del plan vial de la capital de la República se pueden presentar eventos en que no se da la contribución de valorización, como cuando se requiere de la totalidad del predio para la realización de la obra, o cuando la porción restante del predio no permite la debida utilización, y, sin embargo, se establece la obligación de la cesión gratuita y obligatoria del 7% del total del predio, como también lo destaca el aludido salvamento de voto.

Le asiste razón al apelante cuando sostiene que el fallo del Tribunal interpreta equivocadamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 1989, en la cual apoya básicamente su decisión. Ciertamente, en aquella sentencia, dictada con ocasión de la demanda de inexequibilidad de los artículos 2o. y 22 de la Ley 9a. de 1989, pese a que en ella se dijo que sí se podían hacer "cesiones obligatorias y gratuitas", de su contexto se desprende inequívocamente que tales cesiones caben para terrenos que se pretendan urbanizar y que no pueden extenderse a vías que se vayan a construir por valorización, que es el sistema que se consagra en el Acuerdo número 7 de 1987, del cual hace parte la norma acusada.

El siguiente aparte de la referida sentencia, que fue esgrimido justamente por uno de los dos salvamentos de voto al fallo recurrido, objetiviza el anterior aserto:

"...En los municipios con la población señalada existen las oficinas de planeación encargadas de autorizar el permiso que el interesado solicita para urbanizar o construir al cual debe adjuntar los planos correspondientes a la obra y en éstos ha de constar necesariamente la cesión gratuita en referencia como requisito "sine qua non" para la concesión del permiso, de donde deriva su nombre de "cesión obligatoria gratuita".

La obligatoriedad de incluir en los planos tal cesión es una consecuencia de la función que la Constitución le da a los Concejos para reordenar lo relacionado con el territorio municipal, quien quiera edificar o urbanizar su suelo ha de someterse a las limitaciones a éste dadas, de suerte que si no urbaniza no se le afecta su derecho; si lo hace, para obtener la licencia ha de hacer la cesión gratuita que no es normación nueva en el Derecho Colombiano; existió en el Acuerdo 7 de 1979 y el Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá (artículos 5o. y 6o.)".

Resulta claramente acertado el aludido disentimiento del pronunciamiento del Tribunal cuando se señala que, conforme al artículo 118 del Acuerdo número 7 de 1987, el propietario del terreno no somete por imperio de su voluntad el destino del mismo, como sí ocurre con el urbanizador.

En ejecución del plan vial previamente adoptado y en desarrollo del principio de la supremacía del interés común, la propiedad de terreno es declarada de utilidad común para que finalmente pase a manos de la hacienda, en este caso distrital, por efecto de la negociación directa o del procedimiento de la expropiación.

Así que, el artículo 118 acusado, consagra una cesión obligatoria y gratuita, indiscriminadamente, es decir, en relación con todos los inmuebles que resulten afectados por la realización de vías arterias del Plan Vial, razón por la cual dicha norma estatuye una expropiación sin indemnización, ya que, finalmente, la Administración, haciendo uso de su poder coactivo frente al particular logra que el referido porcentaje de la propiedad privada pase a sus manos sin que exista compensación, lo cual deviene en flagrante violación del inciso 3o. del artículo 30 de la Constitución Política de 1886, invocado por el actor como infringido, que corresponde al inciso 4o. del artículo 58 de la actual Carta Fundamental.

Estas reflexiones permiten concluir inequívocamente que le asiste razón al actor recurrente, motivo por el cual habrá de revocarse la sentencia impugnada.

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 la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone: Declárase la nulidad del inciso 1o. del artículo 118 del Acuerdo número 7 de 1987, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).-

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente.*

INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR/INSTITUCION DE UTILIDAD COMUNITARIA - Vigilancia/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA** - Facultades/**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION**

Mientras que en la norma reglamentaria el Gobierno Nacional limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en "los organismos de dirección en lo académico, administrativo, financiero y disciplinario"; los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, que corresponden al 62 y 189 numeral 26 de la Nueva Carta, incluyen tal limitación no sólo al legislador, sino al gobierno nacional, dejando a este último, como única labor de dichas entidades, la de fiscalización del manejo e inversión de sus ingresos y la inspección y vigilancia para que sus rentas se conserven.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref. Expediente número 2163. Acción: nulidad. Actor: *Luis Carlos Sáchica Aponte*

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta corporación, tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del literal b) del artículo 7o. del Decreto número 2799 de 21 de octubre de 1980 "por el cual se reglamenta el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

I. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y su anexo se ajustan a las previsiones de 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 SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Presentada en escrito inserto en el texto de la demanda, aparece sustentada, en esencia, así:

Se solicita la suspensión provisional de la norma acusada por violación manifiesta de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la antigua Carta que corresponden al 62 y 189 numeral ..., entiende la Sala de la actual.

La Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 22 de septiembre de 1980 declaró inexequible el artículo 141 del Decreto 80 de 1980 por violación de los artículos 36 y 120, numeral 19, de la Constitución de 1886, en razón de que desconocía la garantía de la autonomía de las fundaciones y excedía la facultad de inspección y vigilancia del presidente de la república sobre dichas instituciones.

Resulta, pues, manifiestamente inconstitucional que el Gobierno Nacional, so pretexto de ejercitar la potestad reglamentaria, reproduzca en lo sustancial, y en flagrante contradicción con la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 141 declarado inexequible en tal fallo, en el literal b) del artículo 7° del Decreto 2799 de 21 de octubre de 1980, porque: a) Excede la potestad reglamentaria, puesto que el artículo 141 no estaba vigente y no había que reglamentar, de modo que reproducir lo esencial de su contenido normativo, como se hizo, equivale a legislar sobre la materia y no a dictar un reglamento, y, b) viola los artículos 36 y 120, numeral 19, vigentes al expedirse el Decreto 2799 de 1980, que corresponden al 62 y 189 numeral 20-26, como se expresó antes de la actual codificación constitucional.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Considera el actor que el literal b) del artículo 7° del Decreto Reglamentario número 2799 de 21 de octubre de 1980, viola de manera manifiesta los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, que corresponden al 62 y 189 numeral 26 de la nueva Carta, el cual reproduce en lo sustancial la parte final del artículo 141 del Decreto Ley 80 de 1980, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de septiembre de 1980.

La norma acusada ordena:

> "Artículo 7°. Para efecto de su organización como personas jurídicas autónomas, las instituciones de educación superior no oficiales deberán observar en sus estatutos los siguientes principios generales:
>
> a...

b. Los organismos de dirección en lo académico, administrativo, financiero y disciplinario de las instituciones fundadas, deberán ser distintos e independientes de los organismos de dirección y administración de la entidad o entidades fundadoras".

Al paso que los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, que corresponden al 62 y 189 numeral 26 de la nueva Carta, establecen, en su orden, lo siguiente:

"ARTICULO 36.- El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizara el manejo e inversión de tales donaciones".

"ARTICULO 120o.- Corresponde al presidente de la república como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

19.- Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

De acuerdo con el contenido de las normas transcritas mientras que en la norma reglamentaria el Gobierno Nacional limita la actividad de los fundadores en las instituciones de utilidad común, como son las instituciones de educación superior no oficiales, al excluirlos de participar en "los organismos de dirección en lo académico, administrativo, financiero y disciplinario"; los preceptos constitucionales enunciados por su parte, entiende la Sala, incluyen tal limitación no sólo al legislador sino al Gobierno Nacional, dejando a este último, como única labor respecto de dichas entidades, la de fiscalización del manejo e inversión de sus ingresos y la inspección y vigilancia para que sus rentas se conserven.

Así mismo, le asiste razón al demandante cuando afirma que el literal b) del artículo 7° acusado reproduce casi literalmente la parte final del artículo 141 del Decreto-Ley 80 de 1980, que expresa: "Las instituciones no oficiales deberán ser organizadas como personas jurídicas autónomas **y sus normas fijarán precisos límites a la participación de los fundadores, de tal manera que claramente queda establecida una diferencia entre ellos y la estructura y mecanismos de autoridad, decisión y control de la institución fundada**", cuya parte en negrilla fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, por encontrar evidente la violación, por parte de dicho precepto, entre otros cánones constitucionales, de los artículos 36 y 120 numeral 19 de la Constitución de 1886, antes transcritos.

Las consideraciones anteriores justifican que se decrete la suspensión provisional del acto acusado, como en efecto se hará en la parte resolutiva de este proveído.

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 Luis Carlos Sáchica Aponte, quien actúa en nombre propio. En consecuencia, se dispone:

a) :Notifíquese personalmente al señor ministro de Educación Nacional. Entréguesele copia de la demanda y su anexo.

b): Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Primera Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

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 Educación Nacional que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes al acto acusado. Hágasele saber al 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 4° del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto Reglamentario 2867 de 1989, deposite el demandante la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) MONEDA CORRIENTE, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la secretaría.

II. Tiénese como demandante al ciudadano y abogado Luis Carlos Sáchica Aponte y como demandada a la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

III. Decrétase la suspensión provisional del literal b) del artículo 7° del Decreto Reglamentario número 2799 de 1980, 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 la sesión del día ocho (8) de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,* Ausente.

ESCALAFON DOCENTE/MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL/DIVISION DE ESCALAFON Y CARRERA DOCENTE/ COMPETENCIA/JUNTA SECCIONAL DEL ESCALAFON/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO- Improcedencia

En parte alguna el Decreto Extraordinario 2277 de 1979 y el Decreto Ley 088 de 1976, han previsto para la División de escalafón y carrera docente del Ministerio de Educación Nacional, la facultad de ordenar la corrección o invalidación de lo actuado por las juntas seccionales del escalafón. Y, de otro lado las funciones de supervisión del funcionamiento de las oficinas seccionales del escalafón, de tramitación y resolución de las peticiones y recursos sobre escalafón, no tienen el alcance que se pretende dar con la reglamentación hasta el punto de permitir la revocación de los actos administrativos proferidos por dichas Juntas seccionales. Si las decisiones de las juntas del escalafón son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, forzoso es concluir que si la administración advierte irregularidades e inexactitudes en la tramitación de las peticiones de escalafón que dan origen a la clasificación de un docente, debe acudir al órgano jurisdiccional, que es a quien le compete juzgar la legalidad de dichos actos administrativos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 234. Acción de nulidad contra el artículo 17 del Decreto 2620 del 26 de octubre de 1979, expedido por el Gobierno Nacional. ACTOR: *Adalberto Carvajal Salcedo.*

El ciudadano y abogado Adalberto Carvajal Salcedo, 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 a impetrar la nulidad del artículo 17 del Decreto No. 2620 de 26 de octubre de 1979, expedido por el Gobierno Nacional.

I. EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

> "Cuando la División de escalafón y carrera docente del Ministerio de Educación nacional tenga conocimiento de la comisión de alguna irregularidad o inexactitud en la clasificación de un docente, abrirá la investigación correspondiente y ordenará, si fuere el caso, la corrección o invalidación de lo actuado por la junta seccional".

II. CAUSA PETENDI

Como normas violadas se señalan en la demanda y en la corrección de la misma, los artículos 20, 23, 26, 55, 57, 76 ordinal 10o., 119, 120 ordinales 3o. y 12, 137 y 141 de la Constitución Nacional de 1886, 16 y 20 del Decreto Ley 2277 de 1979, 62, 69 y siguientes, 82 y 83 del C.C.A. y 28 del Decreto Ley 88 de 1976.

Para fundamentar las anteriores violaciones, el demandante adujo, en esencia, lo siguiente (folios 3 a 5 y 13 a 14):

1o.) Dentro de las funciones que señala el artículo 16 del Decreto Ley 2277 de 1979 a la Junta Nacional del Escalafón no está, como lo pregona el acto acusado, la de corregir o invalidar lo actuado por las juntas seccionales, cuando tenga conocimiento de la comisión de alguna irregularidad o inexactitud en la clasificación de un docente, ni tampoco está facultada para abrir investigaciones de ninguna clase por este aspecto.

2o.) La norma que se acusa invadió el campo que constitucionalmente le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa pues al invalidar la División de escalafón y carrera docente del Ministerio de Educación Nacional los actos de las juntas seccionales, está jugando controversias originadas en actos administrativos y se arroga funciones que la Constitución y la Ley han asignado al Consejo de Estado.

3o.) El Código Contencioso Administrativo excluye la posibilidad de revocar los actos administrativos sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (artículo 73). Cuando es posible esa revocación los artículos 74 y 28 del mismo estatuto señalan el procedimiento a seguir, el cual no se cumplió en este caso.

4o.) Por ninguna parte, el artículo 28 del Decreto Ley 88 de 1976 le asigna a la División de Escalafón y Carrera Docente del Ministerio de Educación Nacional las funciones a que se refiere el artículo 17 acusado.

III. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

Como el negocio se destruyó con ocasión de los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, el demandante en escrito de 23 de abril de 1986 solicitó su reconstrucción manifestando que al momento de su incineración se encontraba el proceso en la etapa probatoria. Por auto de 11 de noviembre de 1986 se ordenó la reconstrucción del mismo en los términos previstos en el Decreto Legislativo No. 3825 de 1985, y el recaudo de las pruebas pedidas por el actor.

III.1. CONCEPTO FISCAL

La señora Procuradora Primera Delegada en lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado en su vista se muestra partidaria de que no se acceda a las súplicas de la demanda, con base en que en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, a la División de Escalafón y Carrera Docente del Ministerio de Educación Nacional le corresponde la supervisión de las oficinas seccionales del escalafón, y con tal fundamento legal la norma reglamentaria resulta congruente al prever un mecanismo para subsanar las irregularidades o inexactitudes en que se incurra en la clasificación de un docente, lo cual no crea una instancia administrativa más entre las juntas seccionales y la junta nacional del escalafón, ni invade los predios de la Jurisdicción contenciosa administrativa.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo acusado transcrito inicialmente, forma parte del Decreto No. 2620 de 1979, "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Extraordinario número 2277 de 1979, en relación con el proceso de asimilaciones al nuevo escalafón nacional docente".

El Decreto Extraordinario 2277 de 1979, objeto de la reglamentación, regula 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.

Así mismo consagra la estructura del escalafón nacional docente, indicando los requisitos que deben acreditar los educadores para acceder al grado del escalafón y las reglas especiales para el ascenso.

Según el texto del artículo 14 del citado Decreto las decisiones relacionadas con el escalafón docente y el régimen disciplinario, estarán a cargo de la Junta Nacional, con sede en la capital de la República, y de las juntas seccionales, con sede en cada una de las capitales de departamento, intendencias, comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá.

Conforme al artículo 16 de la Junta Nacional tiene las funciones de resolver los recursos de apelación interpuestos ante las juntas seccionales del escalafón contra las providencias que se dicten por éstas y asesorar y vigilar el funcionamiento de las junta seccionales.

De acuerdo con el artículo 19, corresponde a las juntas seccionales el estudio, tramitación y resolución de las solicitudes de inscripción, ascenso y reinscripción en el escalafón. Según las voces del artículo 23 corresponde a las mismas la tramitación, custodia y actualización de los documentos relativos al escalafón de los docentes.

De conformidad con el artículo 25, la supervisión del funcionamiento de dichas oficinas seccionales del escalafón, corresponde a la División de Escalafón y Carrera Docente del Ministerio de Educación Nacional, la cual según el artículo 28 del Decreto Ley 088 de 1976, también tiene las siguientes funciones: a) atender todo lo relacionado con asuntos laborales que dependan directamente del Ministerio de Educación o en las cuales el Ministerio sea parte; b) Tramitar y resolver las peticiones y recursos sobre escalafón que corresponda al Ministerio de Educación Nacional; y c) Estudiar y tramitar las solicitudes sobre reconocimiento y reajuste de pensiones de jubilación que corresponda decretar al Ministerio de Educación Nacional.

Del contenido de los textos legales analizados se infiere que, de un lado, en parte alguna el Decreto extraordinario No. 2277 de 1979 y el Decreto Ley 088 de 1976, han previsto para la División de Escalafón y Carrera Docente del Ministerio de Educación Nacional, la facultad de ordenar la corrección o invalidación de lo actuado por las Juntas Seccionales del Escalafón. Y, de otro lado, las funciones de supervisión del funcionamiento de las Oficinas Seccionales del Escalafón, de tramitación y resolución de las peticiones y recursos sobre escalafón, no tienen el alcance que se pretende dar con la reglamentación hasta el punto de permitir la revocación de los actos administrativos proferidos por dichas Juntas Seccionales.

Si se tiene en cuenta que invalidar es dejar sin efecto un acto, ello se traduce en la revocatoria del mismo, sin que exista norma expresa que lo autorice y sin que medie el consentimiento expreso de su titular, lo que conlleva a desconocer situaciones jurídicas particulares ya consolidadas, constituyendo por ende, como consecuencia, una transgresión de lo dispuesto en el artículo 73 del C.C.A.

Así lo entendió la Sección Segunda de esta Corporación, cuando en su sentencia de 28 de febrero de 1991, expediente No. 3617, Consejero ponente: doctor Alvaro Lecompte Luna, expresó en relación con el artículo 17 aquí acusado:

> "... Comparte la Sala lo manifestado por el fiscal cuarto de la Corporación en la parte final de su concepto de enero 26 de 1989, cuando dice que:
>
> 'Bien actuó la administración al acudir al proceso de lesividad y no a la revocatoria directa del acto que equivocadamente consideró ilegal ya que, contra lo consignado en la demanda, el artículo 17 del Decreto 2620 de 1979 carece de validez frente al mandato posterior y de cobertura total en la materia contenida en el artículo 73 del C.C.A.'".

> "... El artículo 17 del Decreto 2620 de 1979 sólo es una norma reglamentaria y por consiguiente, de inferior categoría a la del Código Contencioso Administrativo, que tiene fuerza de ley y, en tales circunstancias, no podrá servir de apoyo a dicha revocatoria".

De otra parte, si conforme al artículo 20 del Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979, las decisiones de las juntas del escalafón son demandables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, forzoso es concluir que si la administración advierte irregularidades e inexactitudes en la tramitación de las peticiones de escalafón que dan origen a la clasificación de un docente, debe acudir al órgano jurisdiccional, que es a quien le compete juzgar la legalidad de dichos actos administrativos.

Las consideraciones precedentes justifican que se acceda a decretar la nulidad impetrada.

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 artículo 17 del Decreto Reglamentario 2620 de 26 de octubre de 1979, 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 sesión de fecha 22 de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO POLITICO/ACTO DE GOBIERNO/CONTROL JURISDICCIONAL

Los actos jurídicos internacionales de la Administración Pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merecen el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnador mediante recursos administrativos o jurisdiccionales.

ARCHIPIELAGO DE LOS MONJES/LIMITES DE COLOMBIA/ TERRITORIO/SOBERANIA/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Facultades/**JEFE DE ESTADO/CONGRESO-**Facultades/**TRATADO INTERNACIONAL**

La nota diplomática acusada se está refiriendo a un aspecto que tiene que ver con la soberanía en el archipiélago de los Monjes, lo cual implica adoptar una decisión en materia de relaciones internacionales con incidencia en los límites de la República de Colombia y por tal razón en el territorio y la soberanía de la misma. Esta decisión compete en forma privativa al Presidente de la República, por ser el encargado de dirigir las relaciones diplomáticas y de celebrar tratados o convenios internacionales referentes a límites y al Congreso por corresponderle la aprobación de estos. Declara la nulidad de la Nota Diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

COSA JUZGADA-Improcedencia/**SENTENCIA INHIBITORIA**

En la sentencia de 28 de enero de 1976 la Sala no pudo hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sometida en conocimiento, por estimar, a la sazón, que hacía falta un presupuesto procesal, cual era la competencia del juzgador, habida cuenta que los actos políticos o de gobierno se consideraban como no enjuiciables. Por ello, el fenómeno de la cosa juzgada no puede tener operancia en el evento sub-lite ya que el acto acusado está incólume, por no haber sido objeto de decisión judicial alguna. Las sentencias inhibitorias no constituyen cosa juzgada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogota, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente número 325. Acción: nulidad. Actor: *Jaime Araujo Rentería y otros.*

Los ciudadanos Jaime Araújo Rentería, Rafael Ostau de Lafont Pianeta y Guillermo Vargas Ayala, obrando en sus propios nombres, han acudido ante esta corporación a demandar la nulidad de la nota GM-542 de 22 de noviembre de 1952, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

I. EL ACTO ACUSADO

El acto cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor:

"NOTA COLOMBIANA

GM-542

Bogotá, noviembre 22 de 1952

Señor embajador:

Durante los últimos meses, el gobierno de los Estados Unidos de Venezuela y el de Colombia han expresado en forma cordial y amistosa, por conducto de los respectivos embajadores en Bogotá y Caracas, sus puntos de vista sobre la situación jurídica del grupo de islotes denominados Los Monjes.

Mi gobierno es de opinión de que ha llegado el momento de ponerle fin a tales conversaciones, en las cuales ha quedado establecido lo siguiente:

"1. En 1856, el gobierno de los Estados Unidos de Venezuela formuló ante el gobierno de la Nueva Granada una reclamación, por la vía diplomática, sobre el mencionado archipiélago.

Dicha reclamación fue originada por el contrato celebrado entre el gobierno de la Nueva Granada y el señor John E. Gowen, el 20 de febrero de 1856, "sobre exploración, colonización y aprovechamiento de ciertas islas que posee la república de la Nueva Granada", contrato en cuyo artículo 6o. quedaban comprendidos los grupos de San Andrés, Providencia y los Monjes entre aquellas islas, cayos e islotes a que el mismo documento se refiere.

2. El contrato de 20 de febrero de 1856 a que he hecho alusión fue sometido por el poder ejecutivo de la Nueva Granada a la aprobación de la legislatura y el senado de la república dispuso que se publicara en la Gaceta Oficial, lo que se cumplió en el número 1917, de 28 de los propios mes y año. Al día siguiente de publicado el contrato, los agentes diplomáticos venezolanos en Bogotá se dirigieron por escrito al secretario de Relaciones Exteriores de la Nueva Granada, solicitando la exclusión del grupo de islotes de Los Monjes, por pertenecer a Venezuela y no a mi país. El secretario de Relaciones Exteriores de la Nueva Granada contestó el 3 de marzo de 1856 a dichos plenipotenciarios que en la publicación efectuada cuatro días antes se anotaban erratas tipográficas, una de ellas la de haberse mencionado en el artículo 6o. el nombre *Los Monjes* en vez de *Los Mangles. De erratas se dio cuenta en el* número 1920 de la Gaceta Oficial, correspondiente al mismo 3 de marzo. Si bien el Canciller neogranadino, don Lino de Pombo, manifestó en su respuesta que no entraba `en la cuestión de propiedad y jurisdicción sobre los grupos de islas denominadas Los Monjes, que por su posición parecen natural anexidad de la península de la Guajira', se abstuvo de infirmar los actos de dominio y jurisdicción invocados por Venezuela. Finalmente, el senado de la Nueva Granada dispuso que se archivara el contrato celebrado con el señor Gowen, según aparece de las anotaciones que figuran en el archivo del Congreso de Colombia.

3. El 22 de agosto de 1871, el presidente provisional de los Estados Unidos de Venezuela expidió un Decreto que determinó la jurisdicción de un territorio denominado `Colón', sujeto a un régimen especial y dependiente del ejecutivo federal, territorio que incluyó, entre varias islas, el archipiélago de Los Monjes. Tampoco fue motivo de reclamación alguna por parte de Colombia este decreto, ni ninguno de los numerosos actos de jurisdicción ejercidos reiteradamente hasta ahora por el gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el mencionado archipiélago y de los cuales hay constancia en publicaciones oficiales venezolanas.

4. Como lo han afirmado recientemente los representantes de ambas cancillerías, ninguno de los tratados, acuerdos o declaraciones suscritos por Colombia y los Estados Unidos de Venezuela hacen mención del referido archipiélago, pues durante todo el amplio proceso desarrollado entre los dos gobiernos para dirimir sus diferencias territoriales, felizmente ya concluido, Colombia se abstuvo, no obstante los antecedentes mencionados, de presentar reclamación o aducir argumentación alguna para desvirtuar la

tesis de los Estados Unidos de Venezuela acerca de su jurisdicción y dominio sobre el archipiélago de Los Monjes.

Con base en los antecedentes mencionados, el gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el archipiélago en referencia.

Norma constante de Colombia ha sido reconocer la plenitud del derecho ajeno y obrar siempre de conformidad con las estipulaciones consagradas en los tratados públicos, por lo que al hacer la presente solemne declaración continúa mi gobierno en una línea de conducta que constituye motivo de legítimo orgullo para la república.

Me valgo de esta oportunidad para renovar a vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

(Fdo.) Juan Uribe Holguín".

II. CAUSA PETENDI

II.1. Fundamentos de derecho

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 3o., 4o., 20, 76 ordinal 18 y 120 ordinales 9o. y 20 de la Constitución Política de 1886.

Para fundamentar los cargos de violación, se aduce en la demanda, en síntesis lo siguiente:

1o.): Por falta de competencia

Violación del artículo 3o. de la Constitución Nacional de 1886, que corresponde al artículo 1o. del Acto Legislativo número 1 de 1936, reformado por el artículo 1o. del acto legislativo número 1 de 1968, por cuanto aparece claro que los límites de la república de Colombia sólo pueden modificarse a través de tratados o convenios y además estos instrumentos internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional, y, la nota de 22 de noviembre de 1952 no constituye ni un tratado ni un convenio internacional y nunca fue aprobado por el Congreso Nacional.

Violación del artículo 4o. de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto en dicha norma aparece claro que el territorio del estado colombiano pertenece únicamente a la nación colombiana y mal podía el Ministerio de Relaciones Exteriores de la época, disponer de una parte del territorio del estado colombiano que no le pertenecía.

Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional de 1886, ya que esta norma recoge un principio fundamental del estado de derecho consistente en que los particulares pueden hacer todo lo que no les esté expresamente prohibido y los

funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que les esté expresamente atribuido y en el caso concreto que nos ocupa el Ministro de Relaciones Exteriores no estaba facultado para variar los límites del territorio de la república de Colombia por ser competencia de otras autoridades.

Violación de los artículos 76 ordinal 18 y 120 ordinales 9o. y 20 de la Constitución Nacional de 1886, que corresponde a los artículos 76 ordinal 22 y 41 del Acto Legislativo número 1 de 1968, por cuanto al presidente de la República le compete dirigir las relaciones diplomáticas del país y celebrar convenios o tratados con otros estados o entidades de derecho internacional, con la obligación constitucional de someterlos a la ratificación del Congreso, quien tiene como órgano soberano de la Nación, la potestad de aprobarlos o improbarlos ya que sin este requisito los actos del ejecutivo carecen de valor, y, en este caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores usurpó funciones públicas de otras autoridades o ramas del poder público al enviar la nota del 22 de noviembre de 1952 al embajador de la república de Venezuela diciendo que Colombia no reclama, o prescinde de hacerlo, derecho alguno sobre el archipiélago de Los Monjes.

2o.) :Por falsa motivación

Señalan los actores como vulneados los artículos 3o., 4o y 20 de la Constitución Nacional de 1886, ya que los puntos 1, 2 y 3 de la nota GM-542 se refieren a reclamos hechos por Venezuela en los años 1856 y 1871, cuando ésta creía que su jurisdicción territorial y marítima iba hasta el Cabo de la Vela, por lo que Los Monjes, anexidad natural de la costa oriental de la Guajira le pertenecerían, y, cuando no existía el laudo arbitral del Rey de España de 1891, fecha a partir de la cual no quedó duda alguna de la propiedad colombiana sobre la Guajira y sobre su anexidad natural Los Monjes.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

En el auto admisorio de la demanda proferido el 25 de marzo de 1988, se denegó la suspensión provisional del acto acusado por cuanto a primera vista no aparecía que la nota cuestionada transgrediera ostensiblemente las normas citadas por los actores, además de que se requería hacer un detenido análisis, pues de la simple confrontación no surgía la infracción flagrante.

III.1. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores, se hizo parte en el proceso y por medio de apoderada contestó la demanda, en escrito en el cual sostuvo, principalmente, lo siguiente:

1o.): Los hechos señalados en el capítulo III de la demanda distinguidos con los números 1 a 20, inclusive, no constituyen fundamento de la acción, conforme lo exige el artículo 137 del C.C.A., ya que fueron tomados básicamente, como lo afirma la demandante, del libro "Memoria Histórico Jurídica sobre el asunto de Los Monjes" del doctor Germán Cavelier, es decir son el mero resultado de un estudio de carácter histórico y como tales deben ser tenidos, pues la titularidad histórico jurídica que ha tenido Colombia sobre el archipiélago de los Monjes es cuestión que no está en discusión en este proceso y no puede ser objeto de acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al tenor del artículo 82 del C.C.A.

2o.) El contenido y los efectos de la Nota colombiana deben analizarse dentro de su contexto sin que sea visible reducir estos a una simple frase "reconoce la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago de Los Monjes..." ya que la naturaleza y el alcance de un acto propio de las relaciones internacionales, no puede ser presentada de manera tan simple, desconociendo los múltiples elementos que sirven de fundamento para la toma de decisiones en el manejo de las mismas; al mismo tiempo que se ignora el contexto histórico-político en el cual se desarrollan y los hechos que se derivan de ellos.

III.2. EXCEPCIONES

Propone la demanda, las siguientes:

a.) Falta de competencia. Para sustentarla, aduce:

1o.): El acto cuya nulidad se demanda, es un acto jurídico de carácter internacional que trasciende el ordenamiento jurídico interno y que se rige por las notas del Derecho Internacional Convencional o Consuetudinario.

2o.): Los Tribunales nacionales ejercen jurisdicción dentro de los límites del territorio nacional y sus decisiones no trascienden al campo internacional ni tienen obligatoriedad más allá de las fronteras nacionales, y, por lo mismo no pueden ser impuestas a otros Estados ya que se violaría con ello principios fundamentales del Derecho Internacional y se desconocería que el ejercicio de los derechos inherentes a la soberanía tienen como límites el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al derecho internacional.

b.) Cosa juzgada. En su apoyo, sostiene:

1o.): En providencia de fecha 28 de enero de 1976 el Honorable Consejo de Estado declaró que se inhibía para hacer un pronunciamiento de mérito, como consecuencia del análisis previo y de fondo del litigio que llevó a la Corporación a establecer que no tenía competencia dada la naturaleza de derecho internacional del acto impugnado.

2o.): Que de esta decisión puede entonces inferirse claramente que sobre el punto sustancial ya hubo pronunciamiento de fondo, cuando en la sentencia citada se dijo: "Para el solo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación precisar que el acto, por su contenido mismo desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia..."

IV. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo manifiesta que desde el punto de vista del contenido y de la naturaleza o esencia del acto administrativo, no hay lugar a dudas que la Nota GM-542 de noviembre 22 de 1952 no está suscrita ni fue expedida por el presidente de la República, quien es el funcionario al cual el artículo 120 ordinal 20 de la Constitución Nacional de 1886 le atribuye competencia para dirigir las relaciones diplomáticas. Que se trata de un acto unilateral del gobierno de Colombia por el cual se pretendió poner fin a las conversaciones que sobre el archipiélago de los Monjes adelantaban Venezuela y Colombia; que es claro que se trata de un acto administrativo, antes tildado de acto político o de gobierno, con la posibilidad de ser impugnado mediante recursos administrativos o jurisdiccionales ya que "ni la Constitución ni la legislación crean o constituyen actos políticos o de gobierno, para sustraerlos o excluirlos del control jurisdiccional".

Que la nota GM-542, como acto administrativo de carácter interno emanada de un Ministro, no puede trascender a la esfera del estado venezolano por lo que no puede convertirse en acto de carácter internacional, ya que sólo los tratados, convenios o acuerdos entre los estados pueden lograr esa trascendencia, y al haberla expedido el Ministro sin tener competencia para ello, en salvaguardia del orden constitucional y legal, debe declararse la nulidad del acto demandado.

Y, finalmente, en cuanto a las excepciones propuestas, no están llamadas a prosperar por no ser el acto acusado un acto jurídico de carácter internacional sino de índole interna, porque el fallo del Consejo de Estado no produjo el fenómeno de la cosa juzgada, pues se trata de un fallo inhibitorio que no entró a juzgar los actos demandados, además que hoy en día estos actos no están sustraídos de la jurisdicción administrativa, desapareciendo la razón jurídica para que el Consejo de Estado se inhiba de juzgarlos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- Antes de decidir sobre las pretensiones de la demanda, debe pronunciarse la Corporación sobre las excepciones propuestas por la demandada.

En lo tocante a la excepción de falta de competencia de esta Corporación para juzgar el acto acusado por ser un acto jurídico de carácter internacional que trasciende el ordenamiento jurídico interno, la Sala considera que no es atendible tal argumento ya que, en primer término, el artículo 82 del Decreto Ley 01 de 1984 que inicialmente señaló como objeto de la jurisdicción Contencioso Administativa el juzgamiento de las controversias que se originen en actos políticos o de gobier-

no pero sólo por vicios de forma, fue declarado inexequible en cuanto a la frase "PERO SOLO POR VICIOS DE FORMA", en sentencia de 15 de noviembre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia, que al estudiar la constitucionalidad de dicha disposición, estableció que:

> "... Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos de gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carecen de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitirá concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos. La constitución pues no establece diferenciación alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional..."

Por lo anterior, el control jurisdiccional de los actos en referencia, atañe tanto a los vicios de fondo como de forma.

De otra parte, esta corporación en providencia de 14 de septiembre de 1989, expediente 1144, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada, y que la Sala comparte, sostuvo que los actos jurídicos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos puedan existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales.

Por estas razones, la excepción que por falta de competencia se ha planteado, no está llamada a prosperar.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada que se hace consistir en el hecho de que esta corporación en sentencia de 28 de enero de 1976, expediente 1498, después de un análisis previo y de fondo de la cuestión debatida, determinó la falta de competencia, que la llevó a inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo, es preciso atender el contenido del artículo 175 del C.C.A., que al efecto estatuye:

> "Cosa juzgada.
>
> La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".
>
> La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada `erga omnes', pero solo en relación con la causa petendi juzgada..."

Del texto transcrito resulta que necesariamente para la aplicación de la cosa juzgada ha de resolverse en el fondo la cuestión *sub-lite*. En otro giro, ha de enfrentarse el acto acusado con las normas que se citan como transgredidas a fin de establecer si se vulneraron o no, para luego de un estudio acorde con los cargos que se endilgan en el libelo, declarar, si es del caso, su nulidad, lo cual implica que el acto desaparece del escenario jurídico y por lo mismo no puede ser objeto de nueva controversia judicial, por sustracción de materia; o abstenerse de hacerlo por encontrar el acto ajustado a derecho, en cuanto a las causales alegadas y al contenido del petitum, lo cual permite que el acto pueda ser susceptible de nueva demanda, obviamente si se aducen nuevas causales.

En este orden de ideas se tiene que en la sentencia de 28 de enero de 1976 la Sala no pudo hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sometida a su conocimiento, por estimar, a la sazón, que hacía falta un presupuesto procesal, cual era la competencia del juzgador, habida cuenta que los actos políticos o de gobierno se consideraban como no enjuiciables. Por ello, el fenómeno de la cosa juzgada no puede tener operancia en el evento *sub lite* ya que el acto acusado está incólume, por no haber sido objeto de decisión judicial alguna.

Debe tenerse en cuenta además, que el artículo 333 numeral 4o. del C. de P.C. aplicable por la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A. considera que las sentencias inhibitorias, como la antes enunciada, no constituyen cosa juzgada.

No prosperará, por consiguiente, esta excepción.

V.2.- Frente a los cargos de la demanda, la Sala los analiza de la siguiente manera:

El primero de ellos se refiere a que el acto acusado viola los artículos 3o., 4o., 20, 76 ordinal 18 y 120 ordinales 9o. y 20 de la Constitución nacional de 1886, por falta de competencia.

Señala el artículo 3o. de la Constitución de 1886, modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1936, vigente en la época en que se expidió el acto acusado:

> "Son límites de Colombia con las naciones vecinas los siguientes:
>
> Con Venezuela, los definidos en el Laudo Arbitral pronunciado por el gobierno del Rey de España, el 16 de marzo de 1891..."
>
> ..."Las líneas divisorias de la república con las naciones limítrofes, sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos, debidamente aprobados por el Congreso".

Como quiera que la norma transcrita, se remite al Laudo Arbitral del Rey de España de 16 de marzo de 1891, es preciso estudiar su contenido y alcance.

En dicho laudo, para efectos de los límites con la República de Venezuela, se establece en una de sus considerandos:

> "... Resultando que los territorios en litigio forman una ancha zona, que partiendo más al Norte de los 12° de latitud en la península de Guajira

(sic), llega poco más de un grado distante del Ecuador a la Piedra del Cocuy, y puede para los efectos de la demarcación considerarse dividida en seis secciones, a saber: 1a. La Goajira (sic); 2a. línea de la Sierras de Perijá y de Motilones; 3a., San Faustino; 4a. línea de la serranía de Tamá; 5a. línea del Sarare, Arauca y Meta; y 6a., línea del Orinoco y Rio Negro..." (folios 243 cuaderno número 1).

Posteriormente al determinar en la sección 1a. la línea de frontera en litigio entre la república de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela, dispuso:

"Desde los Mogotes llamados los Frailes, tomando por punto de partida el más inmediato a Juyachi en derechura a la línea que divide el valle de Upar de la provincia de Maracaibo y Rio de la Hacha por el lado de arriba de los montes de Oca, debiendo servir de precisos linderos los términos de los referidos montes, por el laudo de Valledupar y el Mogote de Juyachi por el lado de la Serranía y orillas de la mar..." (folio 244 *ibídem*).

De lo anterior resulta que por parte alguna en los considerandos del laudo se hace mención a los islotes, es decir, a la parte insular del territorio, sino que el objeto del mismo fue sólo la parte continental. Así, en la sección 1a., cuando se refiere a "ORILLAS DE.LA MAR", está significando que el punto de partida de la línea terrestre termina en el litoral, dividendo el territorio en su parte continental.

Si como ya se dijo, el laudo en referencia no abordó los fenómenos insulares, cuando en la nota diplomática acusada se expresa que: "... el gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o de cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el archipiélago en referencia", se está arrogando atribuciones que corresponden a otras autoridades.

En efecto, la aludida nota se está refiriendo a un aspecto que tiene que ver con la soberanía en el archipiélago de los Monjes, lo cual implica adoptar una decisión en materia de relaciones internacionales con incidencia en los límites de la República de Colombia y por tal razón en el territorio y la soberanía de la misma. Esta decisión compete en forma privativa al presidente de la república, por ser el encargado de dirigir las relaciones diplomáticas y de celebrar tratados o convenios internacionales referentes a límites (artículo 120 ordinal 20 de la Constitución de 1886), y al Congreso por corresponderle la aprobación de estos (artículo 76 ordinal 18 *ibídem*). La transgresión de los preceptos anotados justifica la declaratoria de nulidad de la nota acusada.

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 declaran no probadas las excepciones propuestas.

2o.) Se declara la nulidad de la nota diplomática GM 542 de 22 de noviembre de 1952, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la sala en la sesión del día veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

MONOPOLIO DE LICORES/IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES

El Departamento ha ejercido el monopolio frente a la producción y venta de licores destilados embriagantes, y el impuesto al consumo en relación con la introducción de los mismos, provenientes de otros Departamentos, lo cual no implica incompatibilidad alguna ya que una cosa es la producción y posterior venta de licores que se originan en un Departamento determinado, que puede constituir el objeto del monopolio, y otra muy diferente, la introducción de licores provenientes de otras secciones del país y sobre los cuales cada Departamento tiene autonomía para regular su comercialización. Por ello, no se trata de aplicar simultáneamente el monopolio y el impuesto al consumo sobre una misma actividad, pues la producción, introducción y venta son etapas claramente delimitadas.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 1210. Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. ACTOR: *Pablo J. Cáceres Corrales*

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 10 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se deniega la nulidad de los artículos 1o., 2o. 3o. y 5o. de la Ordenanza No. 14 de 6 de diciembre de 1983, de la Asamblea Departamental de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

1.1.- El ciudadano PABLO J. CACERES CORRALES, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 14 de 6 de diciembre de 1983, mediante la cual la Asamblea del Departamento de Cundinamarca ratifica el ejercicio del monopolio de licores destilados nacionales y se dictan otras disposiciones.

Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 30, 31 y 187 numeral 10o. de la Constitución Nacional de 1886; Ley 14 de 1983. El concepto de la violación obra a folios 5 a 21 del cuaderno No. 1.

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, probatoria y alegaciones.

I.3.- La primera instancia culminó con la sentencia de 10 de septiembre de 1988, que decretó la nulidad del artículo 4o. de la Ordenanza No. 14 de 6 de diciembre de 1983 y denegó la de los artículos 1o, 2o. 3o. y 5o. de la misma. Dicha sentencia fué oportunamente apelada por el actor.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a-quo* para no acceder a la nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o. y 5o. de la Ordenanza acusada razonó, en esencia, así:

De acuerdo con el concepto de monopolio que, según algunos Tratadistas, es el derecho exclusivo que el Estado se reserva de producir y vender o solamente de producir o de vender una mercancía, lo que envuelve la reserva del ejercicio de determinadas actividades en favor de una entidad especial, y la prohibición para las demás personas de ocuparse en tales actividades, y, teniendo en cuenta la tradición desde la época de la Colonia, que ha sido objeto de varios textos legales entre ellos, el Decreto Legislativo No. 41 de 1905, Ley VIII de 7 de abril de 1909, Ley 88 de 1910, Código de Régimen Político y Municipal de 1913, Ley 22 de 1923, Ley 88 de 1923 y Ley 14 de 1983, se concluye que la estructura Fiscal Colombiana respecto de los licores destilados es la del monopolio público a nivel Departamental, como arbitrio rentístico, otorgando además a los entes departamentales la opción de que en el caso de no ejercer el monopolio, se establezca un gravamen. Por ello, salvo escasas excepciones, cada Departamento tiene su propia destilería.

Del texto del artículo 61 de la Ley 14 de 1983, se precisa que el hecho de imponer un gravamen, no excluye el que la producción, introducción y venta de licores constituyan monopolio de los Departamentos como arbitrio rentístico, pues éste puede ser desarrollado ejerciendo el monopolio o por imposición de gravámenes a la industria o a la actividad.

Legalmente la producción, introducción y venta de licores ha constituido monopolio de los Departamentos como arbitrio rentístico. De las pruebas aportadas se tiene que, frente a la producción y venta, el Departamento de Cundinamarca ha ejercido el monopolio; y frente a la introducción, el gravamen.

Así, en las Ordenanzas que el demandante aporta como prueba, se establece que el impuesto en ellas fijado es el de consumo a los licores de otros Departamentos, no a los fabricados por la Empresa de Licores de Cundinamarca.

La producción de licores en un Departamento constituye un monopolio que se traduce en una renta departamental, en cambio la introducción de licores importados o fabricados por otros Departamentos es objeto de impuesto departamental: lo que constituye dos fuentes de ingresos departamentales que se dan y pueden coexistir. Lo que si no puede hacer el Departamento es desarrollar el monopolio que legalmente tiene como arbitrio rentístico en la producción, introducción y venta de licores, imponiendo sobre la misma actividad el monopolio y el gravamen.

En el informativo no obra un solo elemento de juicio que demuestre que en el Departamento de Cundinamarca es libre la industria de producción, introducción y venta de licores embriagantes, y, con base en la certificación que aparece a folio 213, en el archivo no se encontró antecedente ni se tiene documento sobre si desde 1920 se ha autorizado a alguna persona natural o jurídica para producir licores destilados en el territorio de Cundinamarca.

No hubo transgresión de los artículos 30 y 31 de la Constitución Nacional de 1886, ni de la Ley 14 de 1983, pues la Ordenanza no hace otra cosa que desarrollar la política monopolística adscrita a los entes Departamentales por la Ley como arbitrio rentístico y de la cual venían gozando desde 1936, ejercida en el Departamento de Cundinamarca en la producción y venta como monopolio; y, en la introducción, como gravamen.

El cargo se hace de que el monopolio implica la indemnización a las personas que ejercían actividad al producir licores destilados, de conformidad con el artículo 31 de la Carta, sólo tendría cabida a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es diferente a la simple nulidad incoada.

Frente al argumento que desde la expedición del antiguo Código de Régimen Político y Municipal que autorizó el monopolio de licores destilados en cabeza de los Departamentos, hasta la expedición de la Ordenanza acusada, el Departamento de Cundinamarca no había hecho uso de la facultad de establecer dicho monopolio como arbitrio rentístico, y, en su lugar había optado por el sistema de imponer impuesto a la introducción de tales bebidas, por lo cual operó una especie de renuncia tácita a la adopción del sistema monopolístico que se puso en vigencia por la Ordenanza 14 de 1983, no lo comparte la Sala ya que tal renuncia tácita no está prevista en el Derecho Público, pues las facultades que la Constitución y la Ley otorgan a un ente público son permanentes, a menos que se consagre una limitación en el tiempo para su ejercicio, que no es lo que se presenta en el caso de autos.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Señala el recurrente los siguientes motivos de discrepancia con el fallo apelado (folios 221 a 231 cuaderno No. 1):

1o.): Antes de la Ley 14 de 1983 no existía apoyo legal alguno para que los Departamentos pudieran ejercer la preferencia monopolística porque los monopolios fueron fuente de rentas durante la época de la Colonia, donde no se requería norma constitucional sino la mera voluntad del Rey Borbón. En las reformas liberales de mitad de siglo XIX se eliminaron todos los monopolios estatales sobre la quina, el añil, el tabaco, el aguardiente, etc., y, únicamente en 1910 se restableció jurídicamente el monopolio por excepción en ciertos Departamentos, en virtud de la Ley VIII de 1909.

En 1913, la Ley 4a. con apoyo en el Acto Legislativo de 1910, indicó que es facultad de las Asambleas monopolizar en beneficio de su tesoro, si lo estiman conveniente y de conformidad con la Ley, o gravar esas industrias en la forma que lo determine la Ley, ley que no es otra que la del Congreso que haga la regulación, indique los lineamientos, las limitaciones, etc. y que no es la Ley 4a. de 1913, sino la que en los años siguientes se expidió, básicamente los Decretos Legislativos que determinaron el impuesto de consumo. Por ello, la facultad de establecer tributos y regular el monopolio es de carácter legislativo y no ordenanzal.

La Ley 4a. de 1913 desarrolla por primera vez el privilegio constitucional del Acto Legislativo No. 3 de 1910, pero sujeta su aplicación a la conformidad con una Ley a expedir, que fue la Ley 14 de 1983, en que sólo a partir de su vigencia, los Departamentos se encontraron en la posibilidad legal y jurídica de aplicar el monopolio, y por ello es inexacto sostener que el Departamento de Cundinamarca había ejercido el monopolio, más bien, pretendió ejercerlo sin respetar las órdenes del artículo 31 de la Constitución de 1886 que exige indemnización plena y previa a quienes se encuentren ejerciendo actividades lícitas objeto del monopolio.

2o.) El monopolio se excluye con el sistema de libre comercio e industria. Si esto es así y aparece aprobado en el expediente que antes de la Ordenanza demandada el Departamento únicamente ha cobrado impuestos de consumo por la producción, introducción y venta de licores nacionales o extranjeros, es obvio que no ha ejercido el monopolio, pues si lo hubiera hecho no habría percibido ingresos por el tributo sino cobrado participación en utilidades o estructurado una empresa industrial y comercial para que se dedicara a tal actividad, excluyendo por supuesto a los particulares. La existencia del impuesto al consumo es el hecho que demuestra paladinamente que el monopolio no se ejerció jamás en el Departamento de Cundinamarca, luego ese monopolio aplicado en la Ordenanza demandada ha violado las normas superiores indicadas en la demanda y en especial el artículo 31, ya que no dispone en su texto la indemnización de los particulares que se verán retirados de la Industria y el comercio lícitos, y, como la administración departamental por su cuenta no puede indemnizar, porque requiere para su pago de la previa determinación de la Asamblea, órgano competente, según el artículo 194 de la Constitución de 1886, la ilegalidad es manifiesta y la sentencia absolutamente injurídica.

3o.) No es cierto que si monopolio como arbitrio rentístico se desarrolla "ejerciendo el monopolio o por Imposición de gravámenes a la Industria o a la actividad". Al respecto el Consejo de Estado ha sido claro: los dos sistemas chocan por su incompatibilidad. El monopolio no puede originar impuestos, éstos tienen vigencia en el mundo del libre comercio.

4o.) Una cosa es que el Departamento tenga una industria que produzca aguardientes anisados y otros licores, y otra cosa muy distinta el que ejerza un monopolio de la producción y venta de licores. El hecho de que la Empresa de Licores Departamental haya impedido la producción de aguardientes anisados, no se extiende al universo de los demás licores, ya que coexisten otras empresas que producen y venden licores. El Departamento no tiene una empresa comercial que introduzca y venda licores nacionales a otros departamentos. Todo está en poder de los particulares y constituye el mundo del impuesto al consumo.

El monopolio más allá de la exclusividad del aguardiente anisado tampoco tiene respaldo en la Constitución porque se ha establecido sobre licores nacionales tanto en su producción como en su Introducción y venta, sin que previamente se disponga en la Ordenanza la indemnización plena y previa de quienes quedarán privados del ejercicio de una industria y un comercio.

IV. LA OPOSICION DE LA DEMANDADA

La entidad demandada —Departamento de Cundinamarca—, a través de apoderada, cuando ya había precluído la oportunidad procesal para alegar en esta instancia presentó escrito, razón por la cual la Sala se abstiene de considerarlo.

V. CONCEPTO FISCAL

La Agencia del Ministerio Público comparte las argumentaciones expuestas en el fallo de primera instancia, por estar ajustadas a derecho, a la realidad procesal y en concordancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en diferentes providencias, toda vez que la Ordenanza acusada no hizo otra cosa que desarrollar el artículo 61 de la Ley 14 de 1983.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de estudiar las censuras del recurrente, es preciso hacer un breve análisis histórico del tratamiento legal que se le ha dado al monopolio de licores en orden a determinar, en primer termino, si es viable o no sostener que sólo con posterioridad a la expedición de la Ley 14 de 1983 los Departamentos podían aplicarlo preferencialmente como arbitrio rentístico.

Con el propósito enunciado cabe tener en cuenta que, el Decreto Legislativo No. 41 de 1905, que en virtud de la Ley 15 del mismo año fue ratificado con el carácter de Ley permanente, estableció en su artículo 1o. como rentas nacionales la de licores, y en el artículo 2o. ibídem dispuso:

"La renta de licores consiste en el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, y comprende:

a) El aguardiente de caña y sus compuestos;

b) El brandy o cognac, whisky, el champagne, pousse-cafés, chartreusse, cremas curazao, cireh y sus similares, y el extracto de cognac y los espíritus concentrados para la fabricación de los licores antes dichos".

De otra parte, en los artículos 12, 13 y 14 previó la indemnización previa de los particulares que tengan establecimientos de producción de los artículos objeto del monopolio, teniendo en cuenta el valor fijado por peritos, la forma de pago y señalando un plazo de un año para que los perjudicados hiciesen la reclamación de tal indemnización, so pena de presumirse de derecho la renuncia al cobro del valor de su propiedad.

A través del Acto Legislativo No. 3 de 1910, reformatorio de la Constitución de 1886, se dispuso en su artículo 4o.:

"Ninguna Ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley..."

Posteriormente, y en desarrollo del expresado Acto Legislativo, se expidió la Ley 88 del mismo año, que en su artículo 23 señaló las atribuciones de las Asambleas Departamentales, y en el numeral 35 preceptuó:

"Monopolizar en beneficio de su Tesoro, si lo estiman conveniente, y de conformidad con la ley, la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias en la forma que lo determine la ley, si no conviene el monopolio".

Significa lo anterior que el monopolio de licores que antes era de carácter nacional en virtud de esta Ley, fue cedido a los Departamentos, para que las Asambleas dentro de sus atribuciones optaran por el monopolio o el gravamen, en relación con la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes.

La Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en su artículo 97 numeral 36, reiteró en los mismos términos lo dispuesto en el artículo 23 numeral 35 de la Ley 88 de 1910, respecto a las atribuciones de las Asambleas Departamentales.

El citado artículo 97 numeral 36, es del siguiente tenor:

"Monopolizar en beneficio de su tesoro, si lo estima conveniente, y de conformidad con la ley, la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, o gravar esas industrias en la forma en que lo determine la ley, si no conviene el monopolio".

De igual manera la Ley 14 de 1983 dispuso en su artículo 61:

"La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los Departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia.

En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley..."

De lo precedente resulta que no es cierto, como lo afirma el recurrente, que sólo a partir de la vigencia de la Ley 14 de 1983, los Departamentos obtuvieron apoyo legal para ejercer la preferencia monopolística pues, como se vio, el artículo 23 numeral 35 de la Ley 88 de 1910, que desarrolló el Acto Legislativo No. 3 de 1910, le asignó a las Asambleas Departamentales la facultad de optar por el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o por el gravamen sobre esas industrias si aquel no convenía.

Teniendo en cuenta que el artículo 4o. del Acto Legislativo No. 3 de 1910 —que pasó a ser el artículo 31 de la Constitución de 1886— supeditó la aplicabilidad de la ley que establezca un monopolio a que previa y plenamente se hayan indemnizado a quienes queden privados del ejercicio de la actividad lícita objeto del mismo, lógico es concluir que a partir de la expedición de la Ley 88 de 1910 los Departamentos estaban en la posibilidad jurídica de aplicar el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, previo el cumplimiento de la referida condición.

La expresión "de conformidad con la ley", empleada por las Leyes 88 de 1910 y 4a. de 1913, no tiene acepción distinta a la de estar sujeta a la regulación en cuanto a la forma como ha de pagarse la indemnización, cuando haya lugar a ella, o la manera de tasar el impuesto al consumo y la destinación que a éste debe darse. Pero de ninguna forma puede entenderse como sinónimo de facultad para establecer tales arbitrios rentísticos, ya que éstos estaban previstos en la citada Ley 88 en favor de los Departamentos y antes, en el Decreto Legislativo No. 41 de 1905 en favor de la Nación, y siempre mediando en este, por disposición legal, y en aquella, por mandato constitucional, la indemnización plena y previa para quienes resultaren afectados con la aplicación del monopolio.

La única adición que consagró la Ley 14 de 1983, frente a la normatividad anteriormente transcrita, fue la de hacer mención del artículo 31 de la Constitución Política de 1886, lo que no da lugar a inferir que por ello se constituya en el soporte jurídico que permita a los Departamentos hacer uso de la opción del monopolio o del impuesto al consumo, pues esta ley no es más que la reiteración de lo preceptuado en la Ley 88 de 1910, y al prever la indemnización, no hace más que subordinarse a la Constitución —a la que toda ley está sometida—, y que tratándose de monopolios impide la aplicación de la norma que los establezca si previamente no se ha indemnizado a quienes en virtud de su expedición pudiesen quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Sentadas estas consideraciones, se procede al estudio de las pruebas recaudadas, para efectos de determinar si el Departamento de Cundinamarca había aplicado o no el monopolio, con anterioridad a la expedición del acto acusado.

Según se lee a folio 33 del cuaderno No. 1, la Ordenanza No. 14 de 6 de diciembre de 1983 "Por la cual se ratifica el ejercicio del monopolio de licores destilados nacionales y se dictan otras disposiciones", se fundamentó en el artículo 10o. de la Ordenanza No. 43 de 1920, que había establecido el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados nacionales.

De los documentos aportados al proceso, tales como las Ordenanzas números 30 de 26 de mayo de 1922, 34 de 16 de mayo de 1923, 28 de 1926, 67 de 1925, 68 de 1927, 33 de 1929, 36 de 1943, 20 de 1956 y los Decretos Ejecutivos números 466 de 30 de junio de 1930, 360 de 26 de junio de 1931, 34 de 30 de junio de 1932, 545 de 30 de junio de 1933, 700 bis de 1935, 650 de 1944, 577 de 13 de julio de 1945, 770 de 31 de julio de 1947 y 196 de 1949 (tomos I y II de los cuadernos de antecedentes), así como los contratos de intercambio celebrados por el Departamento de Cundinamarca, se desprende que el Departamento, en contraposición a lo manifestado por el recurrente, ha ejercido el monopolio frente a la producción y venta de licores destilados embriagantes, y el impuesto al consumo en relación con la introducción de los mismos, provenientes de otros Departamentos (folio 65 a 74 cuaderno 1), lo cual no implica incompatibilidad alguna ya que una cosa es la producción y posterior venta de licores que se originan en un Departamento determinado, que puede constituir el objeto del monopolio, y otra muy diferente, la introducción de licores provenientes de otras secciones del país y sobre los cuales cada Departamento tiene autonomía para regular su comercialización. Por ello, como lo afirma el Tribunal, no se trata de aplicar simultáneamente el monopolio y el impuesto al consumo sobre una misma actividad, pues la producción, introducción y venta son etapas claramente delimitadas.

Estando demostrado que a partir de la expedición de la Ordenanza No. 43 de 1920, el Departamento de Cundinamarca optó por el monopolio de licores destilados, y según certificación que obra a folio 213 del cuaderno No. 8, no existe constancia de la autorización a persona natural o jurídica alguna para que produzca licores dentro del Departamento desde 1920, a la ratificación que por el acto acusado se hace del mismo no se le puede endilgar el vicio de carecer del requisito de la indemnización previa, pues en él no se ha establecido un monopolio que impida su aplicación por este aspecto, y que por ende engendraría su nulidad, sino que se ratifica el ya existente. En este sentido es viable la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto denegó las súplicas del libelo en relación con los artículos 1o., 2o., 3o. y 5o. de la Ordenanza No. 14 de 1983, más no comparte la Sala el criterio expuesto por el Tribunal a-quo de que tal indemnización sólo puede reclamarse en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que esta Corporación en reiterados pronunciamientos entre ellos, en sentencias de 11 de octubre de 1991 (expediente número 1622, Consejero ponente doctor Yesid Rojas Serrano) y de 17 de septiembre de 1992, (expediente 1768, Consejero ponente Miguel González Rodríguez), ha expresado que en el texto de los actos administrativos por medio de los cuales se opte por el establecimiento del monopolio, debe preverse y regularse la indemnización de que trata el articulo 31 de la Constitución Nacional de 1886 y los mecanismos para su efectividad, cuya ausencia ha dado lugar a que en acciones de nulidad hayan prosperado las pretensiones, si se tiene en cuenta además que la indemnización supone un gasto y como

tal tiene que ser decretado por la Asamblea y fijado en el respectivo presupuesto departamental.

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:

Se confirma la sentencia de 10 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, 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 sesión del día 22 de Octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

VIVIENDA POR AUTOCONSTRUCCION-Vigilancia/ **SUPER- INTENDENCIA DE SOCIEDADES**-Facultades/ **SUPERINTEN- DENCIA BANCARIA**-Facultades.

En cuanto a los planes y programas de las actividades que en relación con las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades de urbanización, construcción, enajenación y crédito para vivienda, adelantadas por el sistema de autoconstrucción, la normatividad nacional ha sido constante en disponer que ellos serán reglamentados y/o controlados por la Superintendencia Bancaria (bajo el régimen del Decreto 2610 de 1979) o por el Ministerio de Desarrollo Económico a través de la Superintendencia de Sociedades (bajo el régimen del Decreto 497 de 1987). Si bien es cierto que el Decreto 078 de 1987 otorgó al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios del país funciones de intervención que ejercía la Superintendencia Bancaria, no lo es menos que ellas no hicieron relación a la totalidad de las mismas sino a aquellas que explícita y taxativamente se determinaron, las cuales, sobre el tema en estudio, tiene que ver en general, con el otorgamiento de permisos, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos o que mediante reglamentación especial se establecieren. Si lo afirmado es válido como apreciación general, ello no quiere significar que el Distrito Especial de Bogotá y los municipios del país carecieren de todo tipo de facultades de reglamentación en relación con las funciones atribuidas por el Decreto 078 de 1987, o con fundamento en otras normas.

Revoca la nulidad del Decreto 212 de 13 de abril de 1988, expedido por el alcalde mayor de Bogotá, Distrito Especial, decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

PACTA SUNT SERVANDA/ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO- Vigilancia/**INTERES GENERAL**

Si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 1602 del C.C. los contratos son ley para las partes y, en tal virtud, solo pueden ser invalidados por su consentimiento mutuo o por causas legales, ello no quiere decir que frente a algunas personas jurídicas de derecho privado, como aquellas sin ánimo de lucro que se crean con el fin de desarrollar actividades tendientes a la satisfacción de necesidades básicas de vivienda, las autoridades públicas y, en general, el Estado, carezcan de facultades reguladoras de su creación y funcionamiento, en virtud de las funciones de inspección y vigilancia que sobre ellas deben ejercer. El enunciado principio civilista no puede tener un carácter absoluto, pues en tratándose de entidades orientadas hacia la satisfacción del interés general, el debido cumplimiento de sus actividades, en atención a su proyección social, deba ser regulado por el Estado.

CONTRATO DE TRABAJO-Inexistencia/ **VIVIENDA POR AUTOCONSTRUCCION**

Cuando quiera que se trate de personas jurídicas que persiguen como finalidad estatutaria el adelantamiento de programas de vivienda "sin ánimo de lucro y con participación administrativa financiera y trabajo comunitario de los propietarios beneficiarios", tal como se define el sistema de autoconstrucción por el artículo 7o. del Decreto 1742 de 1981, vigente a la fecha de expedición del acto acusado, en las cuales todos los afiliados aunan esfuerzos para concretar el "derecho a vivienda digna", hoy llevado a rango constitucional, los cargos de dirección o administración del programa corresponde asumirlos directamente a ellos de manera fija o rotativa, sin que frente a los mismos y respecto de la persona jurídica quepa predicarse la existencia de una relación de trabajo y su consiguiente contrato, pues de llegarse a dicha conclusión, ello no solo tendría una incidencia inmediata y negativa sobr elos bienes afectados al logro del interés común, sino que desdibujaría la idea misma del sistema de autoconstrucción, tal como se consigna en la citada norma legal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Adminsitrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1762. Actor: *Carlos Vicente de Roux Rengifo*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia

de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 14 de marzo de 1991.

I. ANTECEDENTES

a. -El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Carlos Vicente de Roux Rengifo, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el art. 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto 212 de 13 de abril de 1988, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, "por el cual se dictan normas sobre el tramite y otorgamiento de permisos para desarrollar planes o programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción", en uso de las facultades legales y en especial las que le confiere el numeral 3, del artículo 2o. del Decreto Ley 78 de 1987.

En forma principal se demanda la nulidad del Decreto 212 de fecha 13 de abril de 1988.

En forma subsidiaria se solicita la declaratoria de nulidad de las siguientes expresiones:

Primera: Del literal d) del numeral 8 del artículo 1o. del Decreto 212 de 13 de abril de 1988, expedido por el Alcalde Mayor de Bogota, Distrito Especial, las expresiones "tanto" y "como para su devolución en caso de retiro, expulsión o fallecimiento del afiliado".

Segunda: Del literal f) del numeral 8 del artículo 1o. del citado Decreto, la expresión "y señalando su respectiva (sic) tasas de interés, las cuales no debe (sic) ser inferior al interés legal vigente".

Tercera: Del literal g) del numeral 8 del artículo 1o., *ibídem* la expresión "los cargos administrativos deben ser *ad honorem* ya que los directivos son también beneficiarios del plan o programa".

b. El acto acusado

Por lo extenso de su texto la Sala se priva de hacer su transcripción, pero se hará mención a su articulado en la parte motiva de este fallo.

c. Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

1. Mediante el Decreto 212 de 13 de abril de 1988 el Alcalde Mayor de Bogota, Distrito Especial, dictó normas sobre el trámite y otorgamiento de permisos para desarrollar planes o programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción.

2. Dicho Decreto se expidió en uso de las facultades otorgadas por el numeral 3 del artículo 2o., del Decreto Ley 78 de 1987.

3. El artículo 1o. del mencionado decreto regula lo relativo a los requisitos que deben cumplir las solicitudes de permisos para desarrollar planes o programas por el sistema de autoconstrucción, que se deberán adjuntar a la solicitud. Entre otros aspectos destaca:

El literal d) del numeral 8 del artículo 1o.; el literal f) del numeral 8 del artículo 1o.; el literal g) del numeral 8 del artículo 1o.

4. El Decreto 212 del 13 de abril de 1988, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial, y en particular las expresiones de los literales d), f) y g), del numeral 8 del artículo 1o., infringen normas de carácter superior y por esta razón solicita su nulidad.

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 siguientes razones que se resumen a continuación:

Primer cargo: *Violación de los artículos 12, 20, 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886*, por tratarse de norma de superior jerarquía y por falta de competencia, ya que tratándose de un Decreto pretende regular cierto género de personas sin tener ni formal, ni materialmente el carácter de ley.

Además agrega que el señor Alcalde Mayor de Bogotá se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ya que ejerció indebidamente la potestad reglamentaria del Jefe del Estado.

Segundo cargo*: Violación de los artículos 637 y 1602 del Código Civil,* debido a que el decreto cuya nulidad se demanda dispone que "se reconozcan intereses y otras remuneraciones y proventos sobre los dineros y el trabajo aportados por los asociados a los programas de autoconstrucción" siendo esta disposición transgresora de la primera de las citadas normas del C.C. La violación del art. 1602 se configura debido a que el Decreto demandado pretende intervenir sin fundamento legal en la regulación de las relaciones entre las entidades autoconstructoras y sus afiliados, con relación a materias que son de "autonomía contractual de las partes".

Tercer cargo*: Violación de los artículos 1163, 1393, 1395 del Código de Comercio.* Existe violación de las citadas normas, ya que el Decreto demandado consagra un indebido desplazamiento del ámbito de aplicación de estas normas, porque dan a los aportes que los afiliados o socios entregan a las entidades de autoconstrucción el tratamiento de mutuo comercial o de un depósito a término, debido a que impone el reconocimiento de intereses sobre tales sumas.

Cuarto cargo: *Violación de los artículos 1o., 9o., 10o., 11, 22 y siguientes, 127 y siguientes, 158 y siguientes, 172 y siguientes, 193 y siguientes, 259 y siguientes, 340 y siguientes, del Código Sustantivo del Trabajo*, en cuanto el Decreto del

Alcalde establece que los cargos administrativos de las entidades que desarrollan programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción deben ser *ad honorem.* Expresa el accionante que al hacerlo así, "los respectivos apartes pretenden sustraer a la influencia de las pertinentes normas del código, sin fundamento legal, un significativo conjunto de relaciones de trabajo, las que existen o lleguen a existir entre las entidades sin ánimo de lucro que adelanten ese tipo de programas y su personal directivo y administrativo...". Según explica el demandante "por esa vía se conculcarían los derechos de toda una categoría de trabajadores colombianos al salario, al descanso remunerado, y a las prestaciones sociales".

Quinto cargo: *Violación de las normas relativas al control de la actividad de construcción y enajenación de vivienda de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 en los siguientes artículos:*

Art. 1o. del Decreto 2610 de 1979

Art. 2o. del Decreto 2610 de 1979 sustitutorio del Art. 2o. de la Ley 66 de 1968

Art. 3o. del Decreto 2610 de 1979 sustitutorio del Art. 3o. de la Ley 66 de 1968

Art. 4o. del Decreto 2610 de 1979 sustitutorio del Art. 5o. de la Ley 66 de 1968

Art. 6o. del Decreto 2610 de 1979 sustitutorio del Art. 11 de la Ley 66 de 1968.

Estas disposiciones según establece el actor, "constituyen las líneas fundamentales del régimen de vigilancia y control a que se viene haciendo referencia". Se encuentran complementadas con otras contenidas en la misma Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, como las contenidas en el art. 3o. parágrafo 1 del Decreto 2610 de 1979; art. 4o. de la Ley 66 de 1968; parágrafo 1.; art. 4o. del Decreto 2610 de 1979, art. 5o. del mismo Decreto; art. 10o. de la Ley 66 de 1968; art. 11 inciso 4 del Decreto 2610 de 1979; art. 32 y art. 35 literales a) y c) de la Ley 66 de 1968; art. 16 del Decreto 2610 de 1979; y art. 17 inciso 2o. del mismo Decreto.

Existe violación a dichas normas ya que imponen por una parte obligaciones al administrado y por otra facultad a la entidad administrativa (Superintendencia Bancaria), para establecer el cumplimiento o incumplimiento de esas obligaciones; inclusive la faculta para imponer sanciones y para establecer reglamentos destinados a facilitar la inspección y a verificar la obediencia o desobediencia a la ley.

Alega que la entidad administrativa puede comparar la conducta de las personas vigiladas con los imperativos legales y puede imponer sanciones, pero no puede arrogarse la facultad de definir por sí misma el contenido o los alcances de dichas obligaciones puesto que al hacerlo traspasa la órbita de su competencia porque el Decreto 2610 de 1979 fue expedido por el Presidente de la República "en uso de sus facultades constitucionales y en especial las que le confiere el literal d) del artículo 10 de la Ley 61 de 1978".

Sexto cargo: *Violación de la Ley 61 de 1978, art. 10o., literal d).* No precisa razones de la violación.

Séptimo cargo: *Violación del Decreto 1742 de 1981 art. 7o.*, "... esta norma expedida en ejercicio de la potestad reglamentaria que el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional le otorga al Presidente de la República, define los alcances del régimen de autoconstrucción, y explica por qué aparece estructurado como un régimen de excepción frente a las disposiciones de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979".

En el régimen excepcional que define el artículo 7o. del Decreto 1742 de 1981, se permite la reunión de ahorros de numerosas personas, que aduce el actor "son siempre miembros de familia de escasos recursos", con la finalidad de adquirir un lote de terreno y desarrollar un programa asociativo que comparte la participación económica, administrativa y de trabajo comunitario. Alega que es de "la esencia de este sistema el que los ahorros aportados por los afiliados o socios no generen costos financieros para el programa, y el que el trabajo comunitario se preste en forma gratuita, a fin de que ello redunde en el abaratamiento de la vivienda".

Considera el accionante que sería injusto que la reducción de costos como es el hecho de que las sumas aportadas por los afiliados no generan intereses y la no remuneración del trabajo comunitario se "traduzca en la utilidad de un empresario".

"El sistema aludido en el artículo 17 del Decreto 2610 de 1979 y definido en el artículo 7o. del Decreto 1742 de 1981, resulta trastocado por el Decreto 212 del 13 de abril de 1988, del señor Alcalde Mayor de Bogotá, y, en particular, por los apartes del mismo que se determinaron en las pretensiones subsidiarias, al asignar un rendimiento financiero a los dineros aportados al programa por los afiliados y una remuneración al trabajo que presten estos últimos en desarrollo de la autoconstrucción para los efectos de su devolución en caso de retiro, expulsión o fallecimiento".

Octavo cargo: *Violación de la Ley 12 de 1986, art. 13, literal b); Decreto 1941 de 1986, art. 1o., literal a) y art. 2o.; Decreto 78 de 1987 arts. 1o., 2o., numeral 3 y 5o.; Decreto 497 de 1987, art. 2o., 3o. y 4o.*, debido a que estas normas redistribuyeron las competencias relativas al ejercicio de las funciones de vigilancia y control que habían sido otorgadas originalmente a la Superintendencia Bancaria por la Ley 66 de 1968, el Decreto 2610 de 1979 y el Decreto 1742 de 1981, en armonía todas ellas con la Ley 61 de 1978.

Establece la violación a dichas normas en un doble sentido:

En primer lugar, porque al expedir dicho decreto, considerado en su totalidad, el Alcalde Mayor se arrogó la facultad de emitir una reglamentación de los programas de autoconstrucción que compete al Ministerio de Desarrollo (Decreto 78 de 1987, art. 2o. y Decreto 497 de 1987 art. 4o.). En segundo lugar, porque emitió una reglamentación que no se limita a hacer viables y efectivas las labores de inspección y vigilancia que la administración debe ejercer sobre esos planes y programas, a fin de establecer si las entidades responsables de las mismas cumplen o no las obligaciones que la ley les traza, sino que pretendió por sí misma, limitar el campo de autonomía de los administrados e imponerles obligaciones

específicas en beneficio de terceros, como lo hizo al disponer que se le diera valor a las jornadas de autoconstrucción prestadas por los afiliados, en caso de retiro, o se reconociera un rendimiento financiero a los aportes de estos últimos, y como lo hizo igualmente al prescribir que los directivos de los programas de autoconstrucción fueran beneficiarios de los mismos y que los cargos administrativos tuvieran caracter *ad honorem.*

Esto traspasa los límites de la labor de inspección y vigilancia, porque penetra al campo de la imposición de obligaciones materiales específicas a los administrados, que está reservado a la ley.

e.- Razones de la defensa

Alega la parte demandada que "la facultad de otorgar los permisos para desarrollar los planes y programas de autoconstrucción así como para anunciar y enajenar dichas unidades de vivienda, lleva implícita la de reglamentar los requisitos y el trámite que se debe seguir para obtener ese permiso, así como la de su vigilancia y control".

La Ley 12 de 1986 "transfiere al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país, la capacidad de cumplir directamente las funciones de intervención asignadas a los Ministerios de Hacienda y Desarrollo Económico en cuanto se relacionan con funciones de intervención, inspección y vigilancia sobre las actividades de urbanización, construcción, autoconstrucción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y otorgamiento de créditos para la adquisición de lotes o viviendas, o para la construcción de las mismas".

Considera que este mismo fundamento legal autoriza al Distrito Especial de Bogotá, a través del Alcalde Mayor, para intervenir en la regulación de las relaciones entre las autoridades autoconstructoras y sus afiliados, pues de acuerdo con el artículo 2o. numeral 7o. del Decreto 0078 de 1987, el Distrito Especial ejerce la función de control para lograr que las relaciones contractuales entre los adquirentes y las personas que desarrollen las actividades a que se refieren la Ley 66 de 1968 y el Decreto Ley 2610 de 1979 no desmejoren las especificaciones contempladas en los planos arquitectónicos, den cumplimiento a los reglamentos y se ajusten a los modelos de contratos aprobados por esas mismas entidades territoriales.

En desarrollo de dichas facultades fue que se expidió el Decreto 212 de 1988 que se encuentra amparado en normas de carácter legal, no siendo violatorio de ninguno de los preceptos señalados por el peticionario.

"El Ministerio de Desarrollo Económico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4o. del Decreto No. 497 de 1987 en concordancia con el inciso 4o. del artículo 62 de la Ley 09 de 1989 procedió a adoptar la reglamentación especial que deberá aplicarse a los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción a través de la Resolución No. 044 de 16 de enero de 1990. Normatividad esta que como vemos deroga tácitamente el Decreto acusado, al establecer que la providencia rige para todo el territorio de la república, dando a los

municipios facultad únicamente para expedir disposiciones especiales mediante las cuales señalen los requisitos que consideren indispensables para su cabal cumplimiento".

En consecuencia, solicita se declare inhibido el Tribunal para entrar a estudiar el fondo del asunto 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:

Por auto de fecha 10 de noviembre de 1988 se admitió la demanda por parte de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, al igual que se negó el decreto de suspensión provisional (fls. 43 a 47 del cuaderno No. 1).

Por auto de 11 de agosto de 1989 se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de noviembre de 1988, confirmando el numeral 2 del proveído de 10 de noviembre de 1988, que negó la suspensión provisional (fl. 64 cuaderno No. 2).

Mediante proveído de 3 de noviembre de 1989 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 66 del cuaderno No. 1).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

En relación con el alegato de conclusión presentado por la Personería Distrital, la Sala anota que "la presunción de legalidad de los actos administrativos hace que éstos deban ser cumplidos hasta cuando se decrete su nulidad o hasta cuando hayan sido derogados por norma proferida por quien tenía competencia para realizar dicha derogatoria". En el presente caso no se derogó el acto, sino que se expidió otro que reguló la misma materia por una autoridad de jerarquía superior. Aún frente a un acto administrativo derogado procedería fallo de fondo, dentro de la actuación en acción de nulidad". De acuerdo con lo establecido en la Ley 153 de 1887, precisa el Tribunal que debe aplicarse lo regulado en el acto impugnado a los trámites iniciados bajo su vigencia, "por tanto el fallo debe ser de fondo y no inhibitorio...".

Con relación a las pretensiones de la demanda, afirma el Tribunal en cuanto a la violación del artículo 42 de la Ley 66 de 1968, acorde con el Decreto 497 de 1987, artículo 4o., la Ley 66 citada, "le otorgó al Ministerio de Hacienda y Crédito

Público a través de la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles, construcción de vivienda y otorgamiento de crédito para tales fines. Dicha norma fue modificada en algunos de sus artículos por el Decreto Ley 2610 de 1979, expedido con base en las facultades otorgadas al ejecutivo por la Ley 61 de 1978 (Ley Orgánica del Desarrollo Urbano); allí se hacen precisiones sobre el tema de la construcción de vivienda, enajenación de inmuebles y otorgamiento de crédito para estos fines", y en el artículo 17 preceptúa, como para que no quede duda alguna en relación con la facultad de inspección y vigilancia sobre el sistema de autoconstrucción, que a la Superintendencia Bancaria corresponde la facultad de reglamentar dichos planes y programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción.

Agrega que "se deduce que el Decreto 2610 de 1979 no regula aspectos del sistema de autoconstrucción y vivienda pero allí se determina quién es el competente para hacerlo".

En relación con el Decreto Reglamentario 1742 de 1981 (reglamentario del Decreto 2610 de 1979), define qué se entiende por el SISTEMA DE AUTOCONSTRUCCION, pero no reglamenta tampoco tal actividad.

Con relación al Decreto 1941 de junio 19 de 1986, expresa que este dividió la competencia para la vigilancia y control sobre personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad de enajenación de inmuebles destinadas a vivienda en dos: de las sociedades fiduciarias asigna su vigilancia a la Superintendencia Bancaria, y respecto de las demás personas naturales o jurídicas encargadas de la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, la pasó a manos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Y teniendo en cuenta que el Decreto 1941 de 1986 no distinguió, "cabría entender que la enajenación de inmuebles destinados a vivienda por el sistema de autoconstrucción también quedaba bajo vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio". Pero el Decreto 1941 de 1986, artículo 3o., tenía la vigencia condicionada, ya que antes de que entrara en vigencia se expidió el Decreto 0078 de 1987, expedido con base en facultades otorgadas al ejecutivo en la Ley 12 de 1986, en el cual se hace mención a la escisión de funciones de vigilancia, intervención e inspección entre la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Industria y Comercio.

De la Superintendencia Bancaria se traspasó a la Superintendencia de Industria y Comercio, la función de vigilancia y control sobre personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Por esa razón en el artículo 1o. del Decreto 0078 de 1987 se asignan "las funciones de intervención que actualmente ejerce el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria, relacionadas: con el otorgamiento de permisos para desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción y de las actividades de enajenación de las soluciones de vivienda resultantes de las mismas en los términos de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 y disposiciones reglamenta-

rias", al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país beneficiarios de la cesión del Impuesto al Valor Agregado, IVA, de que trata la Ley 12 de 1986.

Señala el mismo Decreto los parámetros dentro de los cuales se deben cumplir tales funciones.

De lo anterior se deduce que los municipios beneficiarios del IVA y el Distrito Especial de Bogotá, en cuanto al sistema de autoconstrucción, sólo tienen asignada la función de otorgar permisos; pero la reglamentación y los requisitos que al efecto se deben cumplir serán objeto de reglamentación especial por parte de la Superintendencia Bancaria, que es la autoridad competente en este caso, porque al Distrito Especial de Bogotá y los municipios beneficiarios del IVA no les compete determinar tales requisitos, que deberán ser señalados por la autoridad respectiva de acuerdo con las atribuciones del Decreto Ley 0078 de 1987.

El mismo año 1987 se expidió el Decreto 497 en uso de las facultades que le confería el inciso 2o. del artículo 132 de la Constitución Nacional al Presidente de la República y del artículo 267 del Código de Comercio, numeral 1o., literal f), el cual establece "que los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción serán objeto de reglamentación especial por parte del Ministerio de Desarrollo".

"Por todo lo anterior queda establecido que no es competencia del Alcalde Mayor de Bogotá ni de los alcaldes de los municipios del país beneficiarios del IVA reglamentar lo relativo al sistema de autoconstrucción".

Concluye el Tribunal que "se ha comprobado la violación de normas superiores por el Decreto de la Alcaldía Mayor de Bogotá y distinguido con el número 212 del 13 de abril de 1988, razón por la cual habrá de procederse a decretar su nulidad, relevando a la Sala del estudio de las otras normas indicadas en el libelo de la demanda".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones:

Con relación a la violación de normas legales y constitucionales, por falta de competencia para expedir el decreto demandado por parte del Alcalde Mayor de Bogotá, que indica el actor, en especial el artículo 4o. del Decreto 497 de 1987, que radica dicha competencia en cabeza del Ministerio de Desarrollo Económico y a su vez el art. 1o. del Decreto 0078 de enero 15 de 1987, alega que la facultad para otorgar permisos para desarrollar los planes y programas de autoconstrucción, al igual que la facultad de anunciar y enajenar dichas unidades de vivienda, lleva implícita la de reglamentar los requisitos y el trámite que debe seguirse para obtener ese permiso, así como la de su vigilancia y control.

La Ley 12 de 1986 transfiere al Distrito Especial de Bogotá la capacidad de cumplir funciones de intervención asignadas a los Ministerios de Hacienda y Desarrollo Económico, en cuanto a inspección y vigilancia sobre las actividades de urbanización, construcción, autoconstrucción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y otorgamiento de crédito para adquirir lotes o vivienda, o para construcción de los mismos. Agrega que la Ley 12 de 1986 autoriza al Distrito Especial de Bogotá, por medio del Alcalde Mayor, para intervenir en la regulación de las relaciones entre las autoridades autoconstructoras y sus afiliados, según el artículo 2o. numeral 7o. del Decreto 0078 de 1987; de ahí que se asigne al Distrito Especial de Bogotá y demás municipios la función de otorgar los permisos para desarrollar planes y programas de autoconstrucción, así como para anunciar y enajenar las unidades de vivienda resultantes de las mismas, previo el lleno de requisitos que determine la autoridad competente mediante reglamentación.

El Ministerio de Desarrollo Económico, de conformidad con el art. 4o. del Decreto 497 de 1987, en concordancia con el art. 62 inciso 4o. de la Ley 09 de 1987, "procedió a adoptar la reglamentación especial que deberá aplicarse a los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción a través de la Resolución 044 de 16 de enero de 1990". Aduce que esta normatividad "deroga tácitamente el Decreto acusado", ya que ésta rige para todo el territorio de la república y otorga a los municipios la facultad sólo "para expedir disposiciones especiales mediante los cuales señalan los requisitos que consideren indispensables para su cabal cumplimiento".

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez la parte demandante se opone a las pretensiones del recurrente por las siguientes razones, aducidas en su alegato de conclusión de la segunda instancia:

Establece que la ley que concede facultades al Alcalde Mayor con relación a las materias aquí tratadas, se limita a otorgar dos tipos de permisos: el de desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y el de desarrollar planes de autoconstrucción, pero establece que la reglamentación que regula el otorgamiento de estos permisos, debe proceder del Ministerio de Desarrollo.

Solo en ausencia de dicha reglamentación o como complemento de esta el Alcalde podía expedir actos de carácter general relativos a dichos permisos pero limitándose a aspectos de trámite:

Afirma que por ningún aspecto "el régimen legal vigente en la materia faculta a los alcaldes para que, en aras de la reglamentación del otorgamiento de los permisos referentes a la autoconstrucción, procedan a definir derechos, obligaciones o prestaciones mutuas o unilaterales entre los distintos tipos de administrados involucrados en tales programas de autoconstrucción", que a pesar de ello el alcalde ha procedido "a efectuar esa imposición de derechos y obligaciones de carácter sustancial o material a los entes administrativos, a través del Decreto 212 de

1988". Agrega que el señor Alcalde Mayor se ha arrogado las atribuciones propias de quien tiene la facultad reglamentaria e inclusive del legislador.

Concluye afirmando que tales normas "desdibujan la naturaleza de las autoconstructoras, asimilándolas a los constructores privados con ánimo de lucro, y reducen la amplitud y calidad de los programas respectivos porque gravan su caja con la carga de pagar en dinero líquido (no en viviendas), los aportes en trabajo de los afiliados".

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, la señora Agente del Ministerio Público considera lo siguiente:

Afirma que la función de inspección y vigilancia de las actividades relacionadas estuvieron primero en cabeza del Ministerio de Hacienda a través de la Superintendencia Bancaria, pasando luego al Ministerio de Desarrollo Económico, inicialmente a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, y después a la Superintendencia de Sociedades para trasladarse finalmente al Distrito Especial de Bogotá.

En cuanto a la "reglamentación" de los sistemas de autoconstrucción, ya se vió como desde el Decreto Ley 2610 de 1979, en su artículo 17, tal función se atribuyó a la Superintendencia Bancaria. Sin ninguna variación al respecto el Decreto 78 de 1987 establece que los permisos se otorgarán "previo el lleno de requisitos que a través de reglamentación especial determine la autoridad competente". Igualmente el posterior Decreto 497 de 1987 dijo, en su art. 4o. que "los planes y programas de autoconstrucción serán objeto de reglamentación especial por parte del Ministerio de Desarrollo Económico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 66 de 1968".

Afirma que "como lo entendió el Tribunal, de acuerdo con la legislación vigente el Alcalde Mayor carecía de competencia para reglamentar el trámite y otorgamiento de los permisos para desarrollar los planes y programas de vivienda por el sistema de autoconstrucción, por estar atribuida esta función a otra autoridad (primero a la Superintendencia Bancaria y luego al Ministerio de Desarrollo Económico, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Superintendencia de Sociedades, sucesivamente). Por tal razón no estaba implícita la facultad de reglamentar en la autorización de otorgar permisos dada al Alcalde".

En consecuencia, considera que "debe entonces mantenerse el fallo apelado".

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer aspecto sobre el cual corresponde a la Sala pronunciarse es el relacionado con el planteamiento de la apelante, en el sentido de que lo procedente hubiese sido dictar un fallo inhibitorio en atención a que el acto cuya nulidad se solicita fue tácitamente derogado por la Resolución número 044 de 16 de enero de 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades, "por medio de la cual se

reglamenta la recepción anticipada de dineros con destino al desarrollo de planes y programas de vivienda adelantados por el sistema de autogestión, participación comunitaria o autoconstrucción".

En relación con esta inconformidad de la apelante frente a la sentencia de primera instancia y sin que haya necesidad de adentrarse en el análisis del acto presumiblemente derogatorio, la Sala considera que ella no es de recibo, pues dicho aspecto quedó claramente definido por esta Corporación a partir de la sentencia proferida por su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en fecha 14 de enero de 1991, en el sentido de que

> "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" (Consejero Ponente: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, actor: Robert Bruce Raisbeck, Expediente No. S-157).

Ahora bien, toda vez que la apelante fundamenta la competencia del Alcalde Mayor de Bogotá para expedir el acto acusado en lo dispuesto por los artículos 1o. y 2o., numeral 7) del Decreto 078 de 1987 y de la Ley 12 de 1986, la Sala procede a analizar dicho cargo, previa referencia a las normas que históricamente han atribuido competencia en favor de diferentes organismos del Estado en materia de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades que tienen que ver con vivienda.

1) Mediante la Ley 66 de 1968 se regularon las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de viviendas y se radicó en el Superintendente Bancario la función de "... inspección y vigilancia de las actividades de enajenación de inmuebles, cualquiera que sea el sistema adoptado" (art. 1o.).

2) El Decreto Ley 2610 de 1979, reformatorio de la Ley 66 de 1968, dispuso en el inciso segundo del artículo 17 que "los planes o programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción no están exentos del control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria pero serán objeto de reglamentación especial por parte de dicha entidad".

3) Mediante Decreto 1941 de 1986, expedido en uso de las facultades consagradas en el artículo 132 de la Carta Política de 1886, se asignó al Ministerio de Desarrollo Económico, entre otras funciones, y a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de vigilancia y control que ejercía la Superintendencia Bancaria en relación con "...las personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de conformidad con lo

dispuesto en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, con excepción de las Sociedades Fiduciarias que adelanten proyectos de enajenación de inmuebles en desarrollo de negocios de fideicomiso, cuya vigilancia integral se conserva en la Superintendencia Bancaaria" (art. 1o., literal a).

No obstante lo anterior, el artículo 3o. de este Decreto condicionó su entrada de vigencia hasta la publicación del decreto que adoptase la planta de personal necesaria para que el Ministerio de Desarrollo Económico pudiese cumplir a cabalidad las funciones asignadas.

4) Antes de que se cumpliese la condición de que se da cuenta en el numeral anterior, el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 13, literal b) de la Ley 12 de 1986, expidió el Decreto Ley 078 de 1987 "por el cual se asignan unas funciones a las entidades territoriales beneficiarias de la cesión del Impuesto del Valor Agregado (I.V.A.)". Como quiera que a lo consagrado en algunas disposiciones de este Decreto se hará especial alusión más adelante, se procede a sintetizar, en lo posible el contenido de las mismas, así:

Mediante artículo 1o. se asignó al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios del país "... las funciones de intervención que actualmente ejerce el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria..." en relación con los siguientes aspectos: a) otorgamiento de permisos para desarrollar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, y b) otorgamiento de permisos para el desarrollo de planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción y de las actividades de enajenación de las soluciones de vivienda resultantes de los mismos.

Todo lo anterior en los términos de la Ley 66 de 1968, el Decreto 2610 de 1979 y sus normas reglamentarias.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 2o. dispuso que los mencionados entes territoriales ejercerían las siguientes funciones: llevar el registro de las personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades contempladas en la Ley 66 de 1968 y en el Decreto 2610 de 1979; otorgar permisos para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 66 de 1968, previo el cumplimiento de los requisitos que allí se señalan; "otorgar los permisos para desarrollar planes y programas de autoconstrucción, así como para anunciar y enajenar las unidades de vivienda resultantes de los mismos, *previo el lleno de los requisitos que mediante reglamentación especial determine la autoridad competente*"; "cancelar el registro de las personas que incumplan las disposiciones de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, de oficio o *por solicitud de la entidad que ejerza la función de inspección y vigilancia*"; "Ejercer el control necesario para lograr que en las relaciones contractuales con los adquirientes, las personas que desarrollen las actividades a que se refieren la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, no desmejoren las especificaciones contempladas en los planos arquitectónicos, den cumplimiento a los reglamentos de propiedad horizontal y se ajusten a los modelos de contratos aprobados por esas mismas entidades territoriales"; "*informar a la entidad que ejerza la inspección y vigilancia*, sobre la ocurrencia de cualquiera de las causales pre-

vistas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 para los efectos a que haya lugar", etc. (subraya la Sala).

En su artículo 5o. se dispuso que "*Las funciones de inspección y vigilancia* sobre las personas que ejercen las actividades de que trata este decreto, previstas en la Ley 66 de 1968 y los Decretos 125 de 1976, 2610 de 1979, 1939 y 1941 de 1986 y sus respectivos decretos reglamentarios, se ejercerán en los términos allí previstos o en las normas que las sustituyan" (subraya la Sala).

5) Mediante Decreto 497 de 1987 se dispuso la derogatoria del artículo 1o., literal a) del Decreto 1941 de 1986 (art. 7o.), del que se da cuenta en el numeral 3 que antecede. En su artículo 2o. asignó al Ministerio de Desarrollo Económico, a través de la Superintendencia de Sociedades, las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades a que se refiere la Ley 66 de 1968 y los Decretos 219 de 1969, 2610 de 1979 y 1742 de 1981, excepción hecha de las sociedades fiduciarias que adelanten actividades reguladas por la Ley 66 de 1968, cuya vigilancia integral, se dispuso, conservaría el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria.

En el artículo 4o. del precitado Decreto se estableció que los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción serán objeto de reglamentación especial por parte del Ministerio de Desarrollo Económico.

El recuento normativo que antecede y su correspondiente análisis permite a la Sala deducir lo siguiente:

No existe duda alguna acerca de que las sucesivas normas que hasta la expedición del acto acusado se dictaron en relación con las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades de urbanización, construcción, enajenación y crédito para vivienda, en general, permiten concluír que dicha inspección y vigilancia ha sido confiada por la ley, en forma especial, a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, radicando en esta última, a partir de la expedición del Decreto 497 de 1987, la totalidad de tales funciones, excepción hecha de las que en relación con esta materia cabe ejercer sobre las sociedades fiduciarias.

Ahora bien, en cuanto a los planes y programas de las actividades que en relación con las mencionadas materias se adelanten por el sistema de autoconstrucción, la normatividad nacional ha sido constante en disponer que ellos serán reglamentados y/o controlados por la Superintendencia Bancaria (bajo el régimen del Decreto 2610 de 1979) o por el Ministerio de Desarrollo Económico a través de la Superintendencia de Sociedades (bajo el régimen del Decreto 497 de 1987), por lo cual no cabe deducir, como lo sostiene la apelante, que en virtud de lo dispuesto por el Decreto 078 de 1987 la función de control y vigilancia sobre las personas a tal tipo de actividades, y su reglamentación, se desplazó íntegramente en favor del Distrito Especial de Bogotá y de los demás municipios del país, pues esta última normatividad consagró, y reiteró en su mismo articulado, que las facultades allí otorgadas debían ejercerse previo el lleno de los requisitos que allí se establecieron o que mediante reglamentación especial determinare la autoridad

competente, quien en todo caso, conservaría tales funciones de inspección y vigilancia en los términos consagrados en normas anteriores.

En otros términos, si bien es cierto que el Decreto 078 de 1987 otorgó al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios del país funciones de intervención que ejercía la Superintendencia Bancaria, no lo es menos que ellas no hicieron relación a la totalidad de las mismas sino a aquellas que explícita y taxativamente se determinaron, las cuales, sobre el tema en estudio, tiene que ver, en general, con el otorgamiento de permisos, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos o que mediante reglamentación especial se establecieren, pues, se repite, en lo referente a la función de inspección y vigilancia se consagró que ella se ejercería en los términos consagrados en normas anteriores, es decir, por la respectiva Superintendencia que la tuviere a su cargo.

De otra parte, si lo afirmado es válido como apreciación general, ello no quiere significar que el Distrito Especial de Bogotá y los municipios del país carecieren de todo tipo de facultades de reglamentación en relación con las funciones atribuidas por el Decreto 078 de 1987, o con fundamento en otras normas, pues de acuerdo con el articulado de dicho estatuto a ellos les corresponde, por ejemplo, establecer los mecanismos que permitan cerciorarse de la responsabilidad e idoneidad de los directores, administradores o representantes legales y de los socios, establecer el porcentaje de capital mínimo, establecer los mecanismos para acreditar la propiedad y libertad del inmueble, imponer multas, etc., aspectos éstos que se regulan en el acto acusado, de lo cual resulta que no puede afirmarse categóricamente, como se afirma en el fallo apelado, que tales entes territoriales no tuvieren capacidad jurídica para "... reglamentar lo relativo al sistema de autoconstrucción" (fl. 116 cuaderno No. 1).

Por esta misma razón la Sala no comparte el fallo de primera instancia, en el cual si bien es cierto que no permitía el análisis detallado de cada uno de los extensos diez artículos que integran el acto acusado, también concluye que todas sus disposiciones son violatorias de las normas superiores de derecho que atrás se dejaron referenciadas, razón adicional y más que suficiente para que en la parte resolutiva de esta sentencia se proceda a su revocatoria.

Lo anterior conduce a que la Sala deba emprender el estudio de los cargos formulados por la actora en contra del acto acusado, no sin antes dejar precisado que el subsiguiente análisis se llevará a efecto sobre las expresiones que como petición subsidiaria de nulidad se formula en la demanda, pues la acusación de ilegalidad genérica de dicho acto reposa sobre simples afirmaciones y referencias tangenciales acerca de que él incurre en violación de más de treinta (30) disposiciones superiores, que se citan en el libelo de demanda, sin sustentar tal acusación frente al conjunto o frente a cada una de las diez (10) extensas normas que lo integran.

En consecuencia, para efectuar el análisis de los cargos formulados, la Sala procederá de la siguiente manera:

Para mayor ilustración se transcribe a continuación, en forma parcial por lo extenso de su contenido, el artículo 1o. del Decreto 212 de 1988, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, subrayando en él las expresiones cuya declaratoria de nulidad se solicita:

"Artículo 1o.- Los interesados en obtener un permiso para desarrollar un plan o programa por el Sistema de autoconstrucción deberá (sic) elevar su solicitud en el formato oficial suministrado por la Alcaldía, dando cumplimiento a los siguientes requisitos:

"ANTEPROYECTO DEL PROGRAMA

"1.-...

"2.-...

"....

"8.- Adjuntar el Reglamento interno del programa de auto construcción, que como mínimo deberá resolver las siguientes situaciones:

"a)...

"....

"d) Organización del trabajo comunitario estableciendo la forma de liquidar las jornadas de autoconstrucción, *tanto* para su imputación al costo de la solución de vivienda, *como para su devolución en caso de retiro, expulsión o fallecimiento del afiliado.*

"e....

"f) Régimen de devolución de los dineros aportados al programa incluyendo los plazos de entrega y *señalando su respectivas tasas (sic) de interés, las cuales (sic) no debe ser inferior al interés legal vigente.*

"g) Organos de Administración encargados de la interpretación, aplicación y demás actos relacionados con el Reglamento de autoconstrucción. *Los cargos administrativos deben ser ad-honorem ya que los directivos son también beneficiarios del Plan o Programa".*

En relación con el segundo cargo, consistente en la presunta violación de los artículos 637 y 1602 del Código Civil, que regulan, en su orden, el régimen de los bienes y deudas de una Corporación, los cuales no pertenecen en todo o en parte a ninguno de los individuos que la componen y a que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, en la medida en que el artículo 1o. del acto acusado, numeral 8., literales d) y f) consagran que en el reglamento interno del programa de autoconstrucción deberá resolverse sobre la forma de liquidación dineraria de las jornadas de autoconstrucción para lograr, como uno de sus efectos, la devolución en caso de retiro, expulsión o fallecimiento del afiliado, y señalar las tasas de interés que se deberán reconocer en caso de devolución de los dineros aportados al programa.

Luego del correspondiente estudio de los fundamentos de este cargo, la Sala considera que no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

1.- Porque el patrimonio de las Corporaciones que se constituyan con arreglo a lo dispuesto por el Título XXXVI, Libro Primero del Código Civil, y que tengan por objeto el desarrollo de programas de vivienda para sus afiliados, mediante sistemas de autogestión, participación comunitaria o autoconstrucción, está integrado, además de eventuales donaciones, por los aportes en dinero y el trabajo comunitario de cada uno de sus miembros, factores éstos que por su contenido económico, y sin que frente a ellos quepa predicarse fin lucrativo alguno, deben ser objeto no solo de valoración monetaria, sino de incrementos que se van produciendo en desarrollo de la empresa propuesta, los cuales han de verse reflejados en la construcción y adquisición de una solución de vivienda y, en su defecto, en el mayor valor de los mismos, que sólo es posible cuantificar por la vía de los intereses.

2.- Porque constituyendo el único fin de las Corporaciones que se creen para adelantar programas de vivienda mediante el sistema de autogestión, el de mancomunar esfuerzos para beneficiarse cada uno de los asociados de los logros del proyecto de vivienda, los cuales no derivan directamente en una utilidad o ganancia económica para distribuir entre sus asociados, es apenas natural y obvio que el trabajo aportado tiene un contenido esencialmente económico, cuya valoración deberá realizarse a efecto, no solo de su imputación al costo de la solución de vivienda, sino para ser devuelto al asociado en caso de retiro o expulsión, o a sus causahabientes en el evento de producirse su fallecimiento, pues en caso contrario, es decir, de aceptarse la tesis del actor, conllevaría a tolerar un enriquecimiento sin causa ya que tal trabajo realizado y no reconocido implicaría necesariamente un beneficio adicional en favor de los demás asociados, carente de toda causa.

3.- Porque si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil los contratos son ley para los partes y, en tal virtud, sólo pueden ser invalidados por su consentimiento mutuo o por causas legales ello no quiere decir que frente a algunas personas jurídicas de derecho privado, como aquellas sin ánimo de lucro que se crean con el fin de desarrollar actividades tendientes a la satisfacción de necesidades básicas de vivienda, las autoridades públicas y, en general, el Estado, carezcan de facultades reguladoras de su creación y funcionamiento, en virtud de las funciones de inspección y vigilancia que sobre ellas deben ejercer.

Igualmente, la Sala considera que el enunciado principio civilista no puede tener un carácter absoluto, pues entratándose de entidades orientadas hacia la satisfacción del interés general, el debido cumplimiento de sus actividades, en atención a su proyección social, deba ser regulado por el Estado.

De todas maneras, ante la eventualidad planteada por el acto de que el Alcalde Mayor de Bogotá pudiera no tener la competencia suficiente para expedir los actos que se analizan, la Sala encuentra que los argumentos expuestos no ofrecen suficientes elementos de análisis ni la indicación de otras normas que pudieran desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, por lo cual no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, consistente en la violación de los artículos 1163, 1393 y 1395 del Código de Comercio, que tratan sobre el contrato de mutuo y los depósitos a término, en la medida en que el literal f) del numeral 8. del

artículo 1o. del acto acusado consagra el reconocimiento de intereses sobre los dineros aportados al programa, la Sala considera que no está llamado a prosperar por razón de lo expresado en la solución de anterior cargo y, adicionalmente por cuanto

"...además de la realización de los actos necesarios de conservación patrimonial, de tiempo atrás se acepta que las instituciones 'sin ánimo de lucro' no pierden ese carácter a pesar de que usualmente celebren actos comerciales a condición de que ellos cumplan la función de complementariedad respecto de la actividad principal señalada por el fundador o por los asociados, tal como ya disponen algunas reglamentaciones particulares.

"En armonía con lo anterior, es pertinente recordar que el Código de Comercio (art. 100), al definir qué organizaciones tienen carácter comercial, dispone: 'Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la Sociedad será comercial' (...). Y agrega el parágrafo del mismo artículo que 'las asociaciones con fines culturales, recreativos, deportivos, de beneficiencia u otros análogos, no son comerciales'. Es decir que la ley hace incompatible la calidad jurídica de asociación ideal, con la ejecución a título profesional (... 'que se formen para '...) de actos o empresas mercantiles.

"De otra parte, la legislación sobre empresas cooperativas, asociaciones mutuales, fondos de empleados y administraciones cooperativas, acuña el concepto de 'empresa asociativa sin ánimo de lucro' (Ley 79 de 1988, art. 4o.; Decreto Ley 1481 de 1989, art. 2o.) y establece la presunción de que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro condición de que a) establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la de remanente patrimonial; b) destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real (Ley 79 de 1988, art. 4o. Tafur Gálvis Alvaro. Las Personas Jurídicas Privadas sin ánimo de lucro y el Estado. Tercera Edición. Editorial Temis, 1990, págs. 13 a 15).

En relación con el cuarto cargo, consistente en la violación de los artículos 1o., 9o., 10, 11, 22, 24, 127, 143, 158, 172, 193, 259 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagran la protección al trabajo por parte del Estado, la igualdad de los trabajadores ante la ley, el derecho al trabajo, los elementos de contrato de trabajo, etc., en razón de que al disponerse en el artículo 1o. numeral 8, literal g) del acto acusado que los cargos administrativos de las entidades que desarrollen programas de autoconstrucción deben ser *ad-honorem*, con lo cual "...se conculcarían los derechos de toda una categoría de trabajadores colombianos al salario, al descanso remunerado y a las prestaciones sociales", la sala considera lo siguiente:

En términos generales se considera que existe una relación de trabajo cuando ésta se desarrolla bajo dependencia, constituye el medio de subsistencia del traba-

jador y conlleva a un enriquecimiento del empleador, relación que conlleva la existencia de un contrato de trabajo, con sus consiguientes elementos.

No obstante lo anterior, la Sala considera que cuando quiera se trate de personas jurídicas que persigan como finalidad estatutaria el adelantamiento de programas de vivienda "...sin ánimo de lucro y con participación administrativa, financiera y trabajo comunitario de los propietarios beneficiarios", tal como se define el sistema de autoconstrucción por el artículo 7o. del Decreto 1742 de 1.981, vigente a la fecha de expedición del acto acusado, en las cuales todos los afiliados aunan esfuerzos para concretar el "derecho a vivienda digna", hoy llevado a rango constitucional por el artículo 51 de la Carta Política, los cargos de dirección o administración del programa corresponde asumirlos directamente a ellos de manera fija o rotativa, sin que frente a los mismos y respecto de la persona jurídica quepa predicarse la existencia de una relación de trabajo y su consiguiente contrato, pues de llegarse a dicha conclusión, ello no sólo tendría una incidencia inmediata y negativa sobre los bienes afectados al logro del interés común, sino que desdibujaría la idea misma del sistema de autoconstrucción, tal como se consigna en la citada norma legal.

En el expresado sentido la Corte Suprema de Justicia ha considerado lo siguiente:

> "El trabajo personal que se presta por razones de amistad, de parentezco, aunque este no sea real sino aparente, de gratitud o con ánimo de colaborar en empresas de interés común o de utilidad social y en los demás casos análogos que revelen fines altruistas, aunque sea permanente y con sujeción a reglamentos no configura contrato de trabajo, sin que ello se oponga a la prescripción del artículo 27 del C.S.T. Del texto y espíritu de la norma no cabe deducir que su alcance es el de prohibir la prestación de servicios sin remuneración.
>
> "La Ley del trabajo no excluye los sentimientos humanos, no ignora la solidaridad social, la caridad de sus múltiples manifestaciones, las exigencias de la amistad y, en fin, los diversos motivos que en la vida de relación puedan mover a una persona a prestar servicios gratuitos a otra" (Sentencia de 9 de mayo de 1960, Gaceta Judicial Tomo XCII, pág. 1077).

En otra ocasión también expresó la Corte:

> "Es cierto que el art. 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; que el 27 ordena que todo trabajo dependiente debe ser remunerado, y que el 14 consagra el carácter de orden público y de irrenunciabilidad de las normas legales que protegen el trabajo humano; pero la presunción del art. 24 puede ser desvirtuada demostrando que quien prestó al servicio no tuvo el ánimo de obligarse sobre la pretensión de que se le atribuyera, ya que lo prestaba en función de compañerismo y solidaridad, como en la tesorería

de una cooperativa. Los principios legales que regulan y protegen el trabajo humano, y que son de imperativa aplicación en el ámbito general de las relaciones comunes, no anulan la libertad que tiene el hombre de emplear su actividad personal en fines altruistas de solidaridad o compañerismo, extraños a obtener un salario como contraprestación, actividad que, por lo tanto, no constituye una relación jurídica de carácter laboral" (Sent., 2 febrero 1956, "D. del T.", vol. XXIII, núms. 136-138, p. 237).

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el quinto cargo.- Como quiera que éste reposa en la presunta violación de diversas normas de la Ley 66 de 1968 y del Decreto 2610 de 1979, y que estas fueron debidamente analizadas en la primera parte de esta sentencia, la Sala se remite a las consideraciones allí hechas.

En relación con el sexto cargo.- la Sala se abstiene de analizarlo en razón de que el actor no precisó en su demanda el concepto de violación del artículo 10, literal d) de la Ley 61 de 1978.

En relación con el séptimo cargo.- Se recuerda que este cargo consiste en que el artículo 1o., numeral 8, literales d) y f), en la medida que disponen una valoración de las jornadas de trabajo de los asociados al programa de vivienda y unos rendimientos financieros de los dineros por ellos aportados, incurren en violación del artículo 7o. del Decreto 1742 de 1981, el cual define el sistema de autoconstrucción.

En relación con este cargo la Sala se remite a lo expresado en el análisis de los cargos segundo y tercero y, adicionalmente considera que el hecho de que las citadas disposiciones acusadas dispongan la valoración del trabajo y el reconocimiento de intereses sobre los dineros aportados al programa de vivienda, para efectos de su devolución en caso de retiro, expulsión o fallecimiento del afiliado, en nada se oponen a los términos de la definición del sistema de autoconstrucción y de las actividades que comprende, consagradas en la norma que se reputa como violada, por la sencilla razón de que éstas no regulan las mencionadas materias y de su espíritu tampoco encuentra la Sala que resulten semejantes prohibiciones.

En consecuencia, este cargo no prospera.

En relación con el primer cargo, consistente en la violación de los artículos 12, 20 y 120-3 de la Constitución Política de 1886, la Sala considera que no habiendo prosperado ninguno de los anteriores cargos, éste correrá la misma suerte, pues la violación de dichas normas constitucionales reposa en la transgresión de las disposiciones legales ya analizadas.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, oído el concepto de Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 14 de marzo de 1.991, y en su lugar, se dispone:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda

Segundo.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Alcalde Mayor y Personero de Santafé de Bogotá, Distrito Capital.

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 veintidós de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente, *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/DELEGACION DE FUNCIONES

Si se compara la disposición acusada con el artículo 69 del C.C.A. se observa, a primera vista, que aquella, en la medida que establece el "previo concepto del directo general de Aduanas" para efectos del conocimiento de la revocatoria directa por parte de los funcionarios a quienes se les delega dicha competencia, introduce un factor extraño a la naturaleza, trámite y características del recurso de revocatoria, una exigencia y un requerimiento no contemplados en la ley que lo consagra.

DECRETA LA NULIDAD de la expresión "previo concepto del Director General de Aduanas" contenida en el artículo 8o. de la Resolución No. 0224 del 6 de febrero de 1992, expedida por el Director General de Aduanas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 1994. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: *María Fernanda Mosquera Piedrahita*

La actora de la referencia, ha interpuesto ante esta Corporación acción de nulidad contra parte del artículo 8o. de la Resolución No. 0224 de 6 de febrero de 1992, expedida por la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

LA DEMANDA

Por medio de la acción ya relacionada, la demandante solicita que con la intervención del señor Agente del Ministerio Público y del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público o de quien haga sus veces, se haga el siguiente pronunciamiento:

"1).- Que es nula la parte que dice "previo concepto del Director General de Aduanas", del artículo 8 de la resolución 0224 del 6 de febrero de 1992 expedida por el Director General de Aduanas, por medio de la cual se delegan unas funciones y se establecen competencias.

"2).- Ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a esta acción, se comunique la determinación tomada a la Dirección General de Aduanas, para los efectos legales consiguientes".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Manifiesta la actora que con la parte que se resalta de la disposición acusada, se han violado las siguientes disposiciones:

1.- Artículo 29 de la Constitución Nacional: en cuanto "se altera el trámite del "debido proceso administrativo", ya que esta norma exige para toda clase de actuaciones, al colocar a los subdirectores competentes y a los Jefes Regionales de Aduana en la necesidad de obtener previamente concepto del Director General de Aduanas para resolver la revocatoria directa, situación en la que se margina el debido proceso para desatar la petición de revocatoria".

2.- *Artículo 121 de la Constitución Nacional*: "En cuanto el Director General de Aduanas está ejerciendo funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley, porque no le corresponde variar o modificar el trámite legalmente establecido para la revocatoria directa".

3.- El numeral 2 del artículo 150 de la Constitución Nacional, "porque el Director General de Aduanas reformó el Código Contencioso Administrativo (artículo 69) siendo que dicha atribución le corresponde al Congreso, a través de una Ley como preceptúa esta norma constitucional".

4.- El artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, "Causales de Revocación", "primeramente, porque es manifiesta su oposición a la Constitución y a la Ley, lo cual por sí solo amerita que la misma Dirección General de Aduanas, oficiosamente, haga uso de la facultad administrativa de revocar la frase que se está demandado del artículo 8o. de la Resolución 0224 del 6 de febrero de 1992 por ella expedida".

5.- El artículo 2 del Decreto 1622 de 1990 que modifica el artículo 3 del Decreto 2666 de 1984 así:

"El Director General de Aduanas dictará los reglamentos de aduanas y las instrucciones que considere convenientes o necesarias para interpretar, facilitar, permitir y aplicar las normas aduaneras que contenga este Decreto o existan en otras disposiciones legales".

"Por cuanto los reglamentos e instrucciones que está facultado dictar (sic) el Director General de Aduanas, lo son para la correcta interpretación y aplicación de las normas aduaneras, pero no para la definición del trámite o pasos a observar en la Resolución de la Revocatoria Directa como facultad oficiosa o como conclusión a solicitud particular, desbordando de esta manera la atribución que la disposición legal le confiere con su consiguiente violación".

En la demanda se solicitaba, igualmente, la suspensión provisional de la frase acusada a lo que la Sala accedió mediante el auto que admitió la demanda de nulidad de fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y dos.

La admisión de la demanda fue debidamente notificada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la delegada para estos casos doctora Teresa de Jesús Martín Méndez, Asesora de la Dirección Superior del Ministerio así como al Director General de Aduanas a través de su secretaria. Ninguno de estos funcionarios se hizo representar oportunamente en el proceso y el último guardó también silencio cuando se dio el traslado para alegar en conclusión. Igual conducta observó la señora Agente del Ministerio Público ante esta Sección del Consejo de Estado.

Como se anotó, en la etapa conclusiva el Delegado del Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante apoderado, solicita que se declare ajustado a derecho el contenido de la Resolución 0224 de 1992, en el aparte motivo de la impugnación, haciendo sustentar su petición, primero, en unas consideraciones generales sobre la delegación administrativa y luego, en la explicación de las normas antecedentes en materia de delegación. A este respecto, manifiesta:

"El concepto previo del Director General de Aduanas es antecedente al específico traslado de competencias respecto de las materias enumeradas en los artículos Primero a Séptimo de la Resolución 0224. En este sentido no se invade la esencia o naturaleza precisa del recurso extraordinario de revocatoria directa creándose como se alude en la demanda, nuevos requisitos para su procedencia. Este concepto previo no resulta pues extraño a las precisas atribuciones del delegante (Director General de Aduanas), ni incide en el conocimiento o decisión de fondo del recurso.

"Las razones de conveniencia de este proceder están plenamente establecidas a partir de la función de vigilancia y control de decisiones que ejerce el superior jerárquico de la entidad y, vistos sus efectos en razón al acto propio de la delegación, estas características están sujetas a las reglas que definen en la Constitución Nacional las condiciones anotadas (competencia taxativa, reglada, específica, de naturaleza revocable)".

LA SALA CONSIDERA:

La solicitud de la accionante se radica, esencial y exclusivamente, en que se declare nula la expresión "*previo concepto del Director General de Aduanas*", del artículo 8o. de la Resolución 0224 del 6 de febrero de 1992 expedida por el Direc-

tor General de Aduanas, por medio del cual se delegan unas funciones y se establecen competencias. (folios 1 y 2).

El Director General de Aduanas, teniendo como fundamento el Decreto 1644 de julio 27 de 1991, por el cual se estableció la estructura de esa Dirección y se determinaron sus funciones y considerando además que las competencias, "mientras no se asignen directamente en los funcionarios que deben resolver, se encuentran en cabeza del Director General de Aduanas", hizo uso de la facultad a él conferida en el mencionado decreto, concretamente en el artículo 74, a fin de que los asuntos administrativos se tramitaran sin dilación.

Con ese propósito, se delegan competencias relacionadas con los recursos de la vía gubernativa, se asignan asuntos para ser decididos por el Subdirector Operativo de la Dirección General, se determinan los recursos que proceden contra los actos administrativos que se originen en una División, se delega sobre investigaciones y sanciones, sobre sanciones por infracción a las normas aduaneras y se determina que contra los decomisos administrativos y declaratorias de abandono procederá el recurso de reposición ante el Jefe Regional de Aduana; así también, que la consulta contemplada en el artículo 12 del Decreto 2352 de 1989, será de competencia del Subdirector de Infracciones.

El artículo octavo, que es el último, se refiere a todos los asuntos anteriores para delegar, en los mismos funcionarios a quienes toca conocer de ellos, la competencia para conocer de la Revocatoria Directa. Hace, no obstante, una salvedad que se enuncia así: "*previo concepto del Director General de Aduanas*".

Su texto completo, reza:

> "ARTICULO OCTAVO.- Se delega la competencia para conocer de la Revocatoria Directa en los mismos funcionarios y para los mismos asuntos que se enuncian en los artículos anteriores, previo concepto del Director General de Aduanas".

Como una de las normas violadas, se cita el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo que, al reglar, la revocatoria directa, ordena:

> "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores o de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:
>
> "1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;
>
> "2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
>
> "3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

Esta Sala, en auto del 22 de mayo del presente año, al entrar en consideraciones sobre la solicitud de suspensión provisional de la expresión demandada, expuso:

"Si se compara la disposición acusada con el artículo pretranscrito se observa, a primera vista, que aquella, en la medida que establece el "previo concepto del Director General de Aduanas" para efectos del conocimiento de la Revocatoria Directa por parte de los funcionarios a quienes se les delega dicha competencia, introduce un factor extraño a la naturaleza, trámite y características del recurso de revocatoria, una exigencia y un requerimiento, no contemplados en la ley que lo consagra.

"Significa lo anterior que el Director General de Aduanas al crear, mediante el acto impugnado, el nuevo requisito del "previo concepto", no solamente está transgrediendo de manera ostensible el artículo 69 del C.C.A., sino modificando el código que lo contiene, invadiendo la órbita funcional del Congreso, institución a la cual, según lo dispuesto en el artículo 150 numeral 2o. de nuestra Carta Política, corresponde: "Expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones...".

En efecto, al prescribir la norma constitucional que es función del Congreso "Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones", está excluyendo la posibilidad de que dichos códigos y reformas puedan proceder de autoridades, entidades o funcionarios distintos a esa máxima corporación legislativa. Bajo este punto de vista, es entonces natural que cualquier disposición que trate de condicionar o de entrabar los procedimientos establecidos en las normas positivas que tienen ese origen, está violando la Constitución Nacional. Ese es el criterio que llevó a la Sala a ordenar la suspensión provisional de la expresión cuestionada y que ahora ratifica para decretar en forma definitiva su nulidad.

Habiéndose entonces probado que el acto acusado, en la parte señalada viola, tanto el artículo 150 de la Carta como el 69 del Código Contencioso Administrativo y, de contera, las demás normas superiores señaladas por la actora, considera la Sala que debe mantener lo dispuesto en el *auto ut supra* indicado, declarando la nulidad solicitada en la demanda.

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, sin haber conocido el concepto del Ministerio Público por no haber sido aportado al proceso,

FALLA:

1o. DECRETASE LA NULIDAD de la expresión "*Previo concepto del Director General de Aduanas*", contenida en el artículo 8o. de la Resolución Número 0224 del 6 de febrero de 1992, expedida por el Director General de Aduanas.

2o. Por Secretaría, devuélvase a la actora el depósito efectuado por ésta para gastos ordinarios del proceso, si no los hubo.

3o. Reconócese al Dr. EFRAIN LEIVA GUTIERREZ como apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas—, conforme y para los efectos del poder conferido.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AERONAUTICO/PRECIO

Las pautas para fijar el precio mensual de arrendamiento que establece el artículo 9o. de la Ley 56 de 1985 son aplicables en los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados específicamente a vivienda, no para fijar las tarifas de los arrendamientos aeronáuticos y no aeronáuticos de los aeropuertos, los cuales se refieren en el primer caso a las áreas destinadas a las actividades directamente relacionadas con la operación aérea, y el segundo caso, a todas las demás áreas destinadas a actividades comerciales complementarias en las instalaciones de los aeropuertos.Similar consideración procede en relación con lo dispuesto en el último inciso del artículo 18 de la Ley 9a. de 1989 citada por la recurrente para concluir que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ya no es el competente para efectuar los avalúos en las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2084. AUTORIDADES NACIONALES. Actora: *María Carolina Rodríguez*

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil contra el auto del 21 de agosto de 1992, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 1o., 2o., 3o., y 4o. de la Resolución No. 17108 del 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 de la entidad citada.

EL AUTO RECURRIDO.

La providencia respecto de la cual se interpone el recurso, decreta la suspensión provisional de las disposiciones aludidas porque al fijar las tarifas de arrendamientos aeronáuticos y no aeronáuticos y para adoptar las tarifas mínimas y modificar el valor del arrendamiento por metro cuadrado, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil toma como unidad de medida salarios mínimos legales diarios, cuando, según los artículos 2o y 3o del Decreto 3444 de 1985, "Por el cual se dictan normas sobre arrendamiento para las entidades públicas", la determinación del precio mensual de arrendamiento, debe hacerse en términos de porcentajes sobre el avalúo catastral que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar sobre los inmuebles objeto del arrendamiento.

EL RECURSO INTERPUESTO.

Dice la recurrente que no existe un régimen que establezca en forma clara y precisa los parámetros en que se debe mover la administración para fijar los canones de arrendamiento; que los artículos 2o. y 3o. del Decreto 3444 de 1985, en los que se apoyó la Sala para decretar la suspensión provisional de los actos acusados, no son aplicables, toda vez que el artículo 9o. de la Ley 56 de 1985, determinó que "el precio mensual de arrendamiento será fijado por las partes en moneda legal pero en ningún caso podrá exceder el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de parte de él que se de en arriendo; que el inciso final del artículo 18 de la Ley 9a. de 1989, "consagró que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ya no es el competente para efectuar los avalúos en las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín....", y, finalmente, que al desaparecer el Decreto 1376 de 1986 que establecía claramente los parámetros para la fijación de canones y reajustes, el Estado no cuenta con los lineamientos para establecer los topes máximos y mínimos para el precio en los contratos de arrendamiento.

LA OPOSICION AL RECURSO.

La demandante presenta oposición contra el recurso de reposición interpuesto por la demandada con base en las consideraciones que en síntesis se expresan a continuación:

En relación con la Ley 56 de 1985 anota que según lo dispuesto en su artículo 1o., ella tiene por objeto fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda, tal

como lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de abril de 1991 cuando la circunscribió a aquellos casos en que se trate de bienes inmuebles dados o tomados en arrendamiento por las entidades públicas para fines de vivienda de personas vinculadas al Estado.

Respecto a que el Decreto 3444 de 1985 al parecer está derogado porque se expidió con base en la Ley 7a. de 1943 que ya no está vigente, dice la opositora del recurso que tal punto deberá ser objeto de debate en el presente proceso y de decisión en la sentencia definitiva, toda vez que hasta ahora no ha sido objeto de derogatoria expresa ni de declaratoria de suspensión provisional o de nulidad alguna, por lo que está amparado por la presunción de legalidad.

En cuanto a que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ya no es competente para efectuar los avalúos por virtud de lo que dispuso el inciso final del artículo 18 de la Ley 9a. de 1989, aduce la actora que dicha disposición opera en tratándose del avalúo especial que para efectos de expropiación consagró la Ley 9a., y no del que por virtud del Decreto 3444 de 1985 debe practicar el Agustín Codazzi para los inmuebles que den en arrendamiento las entidades públicas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, expidió el Decreto 1376 de abril 30 de 1986, "Por el cual se dictan normas sobre control de arrendamientos de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas".

El precitado Decreto subrogó el 3444 del 25 de noviembre de 1985 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

El Decreto 1376 de 1986 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de abril de 1991 dictada por la Sección Primera dentro del expediente No. 743, circunstancia ésta que no permite afirmar que el Decreto 3444 de 1985 se encuentre derogado y que por ello no sea aplicable como pretende afirmarlo la apoderada del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil

La Ley 56 de junio 18 de 1985 considerada por la recurrente como aplicable para fijar las tarifas de los arrendamientos aeronáuticos y no aeronáuticos de que tratan los resoluciones acusadas, contiene normas sobre arrendamiento de vivienda urbana y su objeto no es otro que el de fijar los criterios para regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda. Así lo expresa su artículo 1o., en los siguientes términos:

> "Objeto de esta Ley".- Inspirada en principios de equidad, reconociendo el derecho a la vivienda para la familia colombiana como una obligación del Estado, necesario para la vida y desarrollo económico de la comunidad y ante la necesidad de armonizar el ejercicio del derecho a la propiedad privada y su utilización con el interés social, esta ley tiene por objeto fijar los criterios que deben servir de base para regular los contratos de arrenda-

miento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda y para determinar el valor del canon respectivo y sus reajustes".

Así las cosas, las pautas que para fijar el precio mensual de arrendamiento establece el artículo 9o. de la Ley 56 de 1985 son aplicables en los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados específicamente a vivienda; no para fijar las tarifas de los arrendamientos aeronáuticos y no aeronáuticos de los aeropuertos, los cuales se refieren, en el primer caso a las áreas destinadas a las actividades directamente relacionadas con la operación aérea, y el segundo caso, a todas las demás áreas destinadas a actividades comerciales complementarias en las instalaciones de los aeropuertos.

Similar consideración procede en relación con lo dispuesto en el último inciso del artículo 18 de la Ley 9a. de 1989 citado por la recurrente para concluir que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi ya no es el competente para efectuar los avalúos en las ciudades de Bogotá, Cali y Medellín.

Mediante la Ley 9a. de 1989 se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal y compraventa y expropiación de bienes. Su artículo 18 hace parte del Capítulo III "De la adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación", y en consecuencia el inciso final del precitado artículo debe entenderse aplicable únicamente en los municipios de Bogotá, Cali y Medellín, y en el Departamento de Antioquia y para los solos efectos de los avalúos administrativos especiales para la adquisición y expropiación de inmuebles en desarrollo de los propósitos enunciados en el artículo 10o. de la citada Ley 9a. de 1989, dentro de los cuales no se contempla, ni podría contemplarse lo relativo a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de las entidades públicas.

Inaplicables como resultan tanto la Ley 56 de 1985 como la 9a. de 1989 para el caso de autos, debe considerarse que es el Decreto 3444 de 1985 el que señala las normas sobre arrendamiento para las entidades públicas y cuyas disposiciones han sido transgredidas por los actos acusados según se expresó en el auto materia del recurso.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

NO REPONER el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 del mes de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/GOBERNADOR-Atribuciones/**HECHO PUNIBLE/CONGRESO/COMPETENCIA**

La facultad que se da para prohibir la circulación y venta de loterías extranjeras no puede dar lugar a las exageradas medidas que se toman en los artículos oportunamente suspendidos. No se ve cómo se toman en los artículos oportunamente suspendidos. No se ve cómo pueda aplicarse una sanción tan grave, como el arresto hasta por cinco años, con fundamento en una disposición que ni siquiera contempla ese tipo de sanciones. Ni las Asambleas Departamentales, ni los Gobernadores, tienen la función ni la capacidad de crear categorías de tipos delictivos ni contravencionales, siendo la ley la única que puede erigir en delito un hecho punible.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 41, 42 y 43 del Decreto No. 1599 del 19 de junio de 1990, expedido por la Gobernadora del Departamento de Antioquia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 2158. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: *Eduardo Giraldo Botero.*

Entra la Sala a decidir por medio de este proveído, el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado judicial del Departamento de Antioquia, contra el auto del 13 de marzo de 1992, en cuanto decretó la suspensión provisional, proferido por el Tribunal Administrativo de ese Departamento en el proceso de la referencia.

LA ACCION.

El actor de la referencia, demandó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia la nulidad de los artículos 41, 42 y 43 del Decreto No. 1599 del 19 de junio de 1990, expedidos por la Gobernadora del Departamento de Antioquia, cuyos textos son los siguientes:

> "ARTICULO 41. Quien introduzca, elabore, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre formularios no oficiales destinados al juego de apuestas permanentes, incurrirá en arresto hasta de cinco (5) años y/o en multa hasta de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales diarios".
>
> "ARTICULO 42. Quien sin ser concesionario ni dependiente de un concesionario, expenda o promueva el juego de apuestas permanentes en formulario no oficial, incurrirá en arresto hasta de cinco (5) años y/o multa hasta de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales diarios".
>
> "ARTICULO 43. Cuando las conductas a que se refiere el presente libro, se realicen en establecimientos abiertos al público, además de las sanciones establecidas para cada caso, se podrán aplicar las de cierre del establecimiento o la suspensión o cancelación de las licencias de rentas y de funcionamientos, según la gravedad del hecho.
>
> "Si dichas conductas son realizadas por personas que hubieren suscrito contrato o tuvieren autorización de distribución oficial, se pasará copia de lo actuado a los funcionarios correspondientes para lo de su competencia".

El Decreto fue dictado "En uso de las facultades conferidas por la Ordenanza No. 34 de diciembre 12 de 1989, previo concepto favorable de la Comisión de Códigos, Reglamento y Régimen Político y Municipal de la Honorable Asamblea Departamental".

El actor cita como violadas varias normas de carácter superior, de orden constitucional, penal, de procedimiento penal, legal, así como de varios decretos legislativos y reglamentarios.

EL AUTO APELADO.

Habiéndose solicitado en la demanda la suspensión provisional de los artículos transcritos, el Tribunal de la primera instancia decretó la medida implorada exponiendo entre otras razones las siguientes:

> "La solicitud de suspensión provisional será decretada por cuanto ni las Asambleas Departamentales, ni los Gobernadores tienen la función ni la capacidad de crear categorías de tipos delictivos ni contravencionales, pues la Ley es la única que puede eregir (sic) en delito un hecho punible".

Cita luego el Tribunal, apartes de una sentencia emanada de esta Corporación, cuya fotocopia se adjunta al expediente (folios 16 y ss.), en la que se hace un análisis de varias normas y del carácter de monopolio que tiene el juego de apues-

tas permanentes para concluir que, en el caso que se juzga, "emerge como conclusión, que el señor Gobernador de Antioquia —como también la Asamblea Departamental que le confirió facultades extraordinarias— se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y por tal razón quebrantó los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios invocados por el recurrente, razón potísima para que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se disponga decretar la nulidad de los actos acusados".

LA APELACION.

En la interposición del recurso contra la providencia que decretó la suspensión provisional de los artículos demandados, el señor apoderado del Departamento de Antioquia sostiene que "los artículos 41, 42 y 43, en su esencia, desarrollan la disposición contenida en el artículo 40 del mismo Decreto"; que "si se consagra en la legislación nacional un derecho a las loterías que explotan los Departamentos es necesario para que ese derecho se respete imponer sanciones a quienes bajo cualquier circunstancia incumplan la norma superior. Por cuanto de lo contrario, sería nugatoria la disposición que protege el derecho, ya que éste está supeditado a que su incumplimiento implique un castigo de orden material, en el caso que nos ocupa, sanción monetario y sanción penal".

Aduce también el apelante, que el artículo 165 del Decreto 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, faculta a los departamentos para que prohíban en sus territorios la circulación y venta de las loterías extranjeras, "aplicable como es obvio también en las apuestas permanentes por ser éstas soportadas con base en las mismas loterías. En estas condiciones, no es la Asamblea Departamental, ni el Gobernador del Departamento, quien ha creado la prohibición sino la Ley, a través del Decreto antes citado, lo que supone consiguientemente que si la norma autoriza la prohibición, es lógico presumir que debe establecerse para quien la viola sanciones de orden penal y pecuniario...".

Concluye el libelista que, "por lo tanto, no es ostensible (sic) la violación de la norma superior, base de la suspensión provisional, como se desprende en (sic) permanente jurisprudencia del Concejo (sic) de Estado, a este respecto, ya que dentro del proceso debe estudiarse profundamente la autorización legal conferida a la Asamblea del Departamento de Antioquia, a través del citado artículo 165, para prohibir situaciones que influyan en el monopolio rentístico de la Lotería de Medellín y de las llamadas apuestas permanentes que se desprenden de este juego de suerte".

LA SALA CONSIDERA:

Acertada, para decidirlo de una vez, encuentra la Sala la decisión del *a-quo* de acceder a la suspensión provisional de los artículos demandados, solicitud que había hecho la parte actora. Las razones que se concretan a continuación, explican la confirmación de la medida que se hará por medio de este auto:

1.- La Ordenanza No. 34 de 1989 (folio 15, cuaderno principal) en la que dice fundamentarse el Decreto 1599, demandado en este proceso, no confiere ninguna de las facultades de que se hace uso en los artículos cuestionados. Por su parte, el apelante, no hace la más mínima alusión a esa notable falla, lo que confirma y configura la primera extralimitación del acto acusado.

2.- La invocación del artículo 165 del Decreto 1222 de 1986, no resiste el más mínimo análisis jurídico. La facultad que se da para prohibir la circulación y venta de loterías extranjeras no puede dar lugar a las exageradas medidas que se toman en los artículos oportunamente suspendidos.

3.- La explicación que se da en el sentido de que los artículos 41, 42 y 43, desarrollan la disposición contenida en el artículo 40 del mismo Decreto, no es defendible pues, en primer lugar, son normas de similar rango jurídico y, en segundo lugar, no se ve cómo pueda aplicarse una sanción tan grave, como el arresto hasta por cinco años, con fundamento en una disposición que ni siquiera contempla ese tipo de sanciones.

4.- Aparte de lo anterior, la principal razón, es la expuesta por el Tribunal y ampliamente explicada en la sentencia de esta Corporación (Sección Primera) aportada en el expediente a folios 16 y siguientes, según la cual, ni las Asambleas Departamentales, ni los Gobernadores, tienen la función ni la capacidad de crear categorías de tipos delictivos ni contravencionales, siendo la Ley la única que puede erigir en delito un hecho punible.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 22 de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

JUEGO DE AZAR/JUEGO PERMITIDO-Inexistencia

El juego denominado "cinco" es un juego de suerte y azar que el artículo 320 de la Ordenanza No. 71 de 1983 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima (Código de Policía del Tolima), consagra como prohibidos.
CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo No. 038 de 6 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué (Tolima).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1739. Actor: *Félix Eduardo Martínez Ramírez*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Carlos Arturo Vásquez Sánchez, en su calidad de impugnante, contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 22 de octubre de 1990.

I. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Félix Eduardo Martínez Ramírez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 038 de 6 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, e igual declaración respecto del "...acto por medio del cual el señor Alcalde Mayor de Ibagué ordenó publicar y ejecutar el referido Acuerdo" (fl. 11 Cdno. No. 3).

b.- El acto acusado

Mediante el acto cuya nulidad se solicita se dispuso:

"ARTICULO 1o.- Adiciónase el artículo 3o. del Acuerdo No. 095 de 1988 así: `JUEGO CINCO', Cuatro mil pesos ($4.000.oo) diarios".

"ARTICULO 2o.- El presente acuerdo rige a partir de su publicación".

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones se pueden resumir así (fl. 12 Cdno. No. 3):

El juego denominado "cinco" que regula el acto acusado para incluírlo como objeto de imposición con la tasa de $4.000.oo diarios es de suerte y azar y, en tal virtud constituye un juego prohibido, pues tiene las características propias de juego denominado "BINGO". Por esta razón el "CINCO" no es un juego de destreza y habilidad personal, como se demuestra con la extensa explicación que de él se da en la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

d.- 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, las cuales, para efectos de su posterior análisis se presentan así (fls. 13 y 14 Cdno. No. 3):

Primer cargo.- Violación del artículo 320 del Código de Policía del Tolima, pues mientras que en esta norma se considera como juego prohibido, entre otros, el bingo "... y todo otro juego que tenga las mismas características fundamentales o tenga modificaciones no sustanciales", el acto acusado, al someter a gravámen el juego "CINCO", que es prácticamente igual al citado bingo, lo está catalogando como juego permitido.

Segundo cargo.- Violación de los artículos 2o., 20 y 63 de la Constitución Política de 1886, 84 del C.C.A. y 321, 323, 324, 325, 326 y 327 del Código de Policía del Tolima. En este cargo el actor se limita a transcribir las mencionadas normas, sin exponer el concepto de su violación.

e.- Las razones de la defensa

A pesar de haber sido debidamente notificada de la demanda, la parte demandada no compareció al proceso (fl. 25 Cdno. No. 3).

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 cinco de diciembre de 1989 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite de rigor y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 22 a 24 Cdno. No. 3).

Por auto visible a folios 27 y 28 del Cdno. No. 3 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por la parte actora.

Mediante proveído de 31 de mayo de 1990 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir su concepto de fondo. De este traslado tan solo hizo uso el Agente Fiscal (fls. 29 y 30 a 33 Cdno. No. 3).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad del acto acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 34 a 38 Cdno. No. 3):

La autonomía del acto enjuiciado no admite duda y, por tanto, no se requiere tener incorporado el que se adicionó, toda vez que de su redacción se deduce que se está incluyendo el juego "CINCO" como objeto de gravámen "...pues de no ser así y si se dijera que solamente estaba aumentando el valor a percibir, no lo habría adicionado, sino lo habría modificado".

Las declaraciones rendidas "...dan a este Tribunal la certeza..." de que se trata de un juego de suerte y azar, por cuanto para obtener el resultado no se requiere esfuerzo mental alguno ni interviene la voluntad del jugador, razón por la cual "... el Concejo no puede imponer una tarifa o un gravamen a un juego como este pues estaría por ese solo hecho..." permitiendo un juego que en cuanto a su clase, modalidades y resultado es idéntico al bingo, en contravención a lo dispuesto por el artículo 320 del Código de Policía del Tolima.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Las razones en que se fundamenta el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, interpuesto por el ciudadano Carlos Arturo Vásquez Sánchez, se encaminan a demostrar que el juego denominado "CINCO" no depende exclusivamente del azar y de la suerte, en sustento de lo cual expresa lo siguiente (fl. 41 Cdno. No. 3):

"Para su funcionamiento se requiere de 99 balotas de ping pong debidamente numeradas del 1 al 99, las cuales giran dentro de una urna de vidrio aislada de los concursantes y de sus organizadores, lo que es garantía de honestidad".

"La habilidad del concursante radica en el aspecto de que debe estar en una extrema atención y percepción del juego, por cuanto, se obtiene el premio haciendo las cuatro esquinas, lo mismo que haciendo el cuadro en una de las cuatro esquinas, igualmente cuatro en línea horizontal o cuatro en línea vertical; *idem* (sic) ocurre si hacen las segundas de la primera y cuarta línea y las cuartas de la

primera y cuarta línea, sucesos o posibilidades de ganar que en forma determinante ocasionan un enorme esfuerzo en la habilidad, memoria y percepción del concursante ya que, sin (sic) deja pasar la oportunidad de reclamar el premio, *ipso facto*, pierde el derecho a dicho premio, una vez realizada la jugada siguiente".

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo, la señora Agente del Ministerio Público considera que se debe revocar la sentencia apelada y, en su lugar, proferir un fallo inhibitorio, pues la anulación del Acuerdo, por considerar que lleva implícita la permisión de un juego prohibido, "...no produce el efecto propuesto, ya que, el acto anterior que supuestamente dio visto bueno al juego prohibido habrá de mantener su vigencia mientras no sea expresamente anulado".

De otra parte, el Acuerdo enjuiciado no permite entender de manera inequívoca la real voluntad de la Administración. "Es obscuro e impreciso, como que no determina el objeto, ni las personas a las que se refiere, o las cosas que afecta, ni las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que habrá de producir los efectos el mandamiento de que se trata".

V. LAS PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de la segunda instancia y por auto de 9 de abril de 1992 (fls. 11 a 15 Cdno. No. 1) se decretaron y practicaron como pruebas de oficio, las siguientes:

a) Se ordenó aportar los antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 131 a 133 *ibídem*).

b) El Acuerdo No. 095 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué (fls. 128 a 130 ibídem).

c) La Ordenanza No. 71 de 26 de diciembre de 1983 (Código de Policía del Departamento del Tolima), expedida por la Asamblea de dicho Departamento (fls. 22 a 74 ibídem).

d) Un dictamen pericial "... realizado por peritos especializados en la materia y cuyo objeto será el determinar las peculiaridades y características técnicas del juego denominado "CINCO", y sí, de acuerdo con ellas, tal juego puede ser considerado como de suerte o azar o, por el contrario, como destreza o habilidad y, en fin, sus similitudes o diferencias con el juego denominado 'BINGO'". Para su práctica se comisionó con ampliar facultades al Tribunal Administrativo del Tolima (fls. 111 a 121 *ibídem*).

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previamente a analizar el motivo de inconformidad del apelante frente a la sentencia de primera instancia, y si a ello hay lugar, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la solicitud de fallo inhibitorio a que hace referencia la Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo.

Sobre este particular, y si bien es comprensible el concepto del Ministerio Público dado que a la época en la cual se rindió no se habían decretado y practicado las pruebas de oficio, la Sala considera que en el actual momento procesal, y con base en dichas pruebas, es perfectamente válido predicar que el acto cuya nulidad se solicita reviste las características esenciales que permiten catalogarlo como un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado autónomamente ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, auncuando el acto enjuiciado presenta dificultad para determinar, por sí solo, la materia a la cual se refiere, para adicionarla, ello no quiere decir que el juez administrativo dentro de su misión natural de administrar justicia, pueda válidamente alegar su obscuridad como pretexto para no pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones anulatorias, sino que, para resolver un litigio, está en la imperiosa obligación de buscar el sentido de su texto, pues ella constituye la tarea esencial de toda jurisdicción.

En este orden de ideas, y conforme a las pruebas legalmente allegadas y producidas dentro del proceso, se tiene que el Acuerdo No. 038 de 6 de junio de 1989, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, adicionó el artículo 3o. del Acuerdo No. 095 de 1988 con la expresión "JUEGO CINCO: Cuatro mil pesos ($4.000.oo) diarios". Por su parte el artículo 3o. del Acuerdo No. 095 de 1988, obrante a folios 128 a 130 del Cdno. No. 1 dispone:

> "El artículo 45 del Acuerdo No. 060 de 1987, queda así:
>
> "*GRAVAMEN A JUEGOS PERMITIDOS*.- Los juegos permitidos que funcionen en establecimientos abiertos al público, se gravarán, independientemente del negocio donde se instalen, de acuerdo a la siguiente tarifa mensual:
>
> "Billar Plato, $5.000.oo por unidad; Máquinas Electrónicas, $5.000.oo por unidad; Esferodromos, $40.000.oo por unidad; Parqués, $700.oo por unidad; Dominó, $1.000.oo por unidad; Tejo, $2.000.oo por unidad en zona céntrica y $700.oo por unidad en barrios periféricos; Ajedrez, $150.oo por unidad; Sapo, $1.000.oo por unidad; Cucunubá, $1.500.oo por unidad; Bolos. $3.500.oo por unidad; Otros juegos permitidos no clasificados $5.000.oo por unidad. En cuanto a los juegos de billar y billar pool, para efectos del gravamen se clasifican así; PRIMERA CATEGORIA, los ubicados en la zona céntrica, $1.000.oo mensuales por unidad; SEGUNDA CATEGORIA, los ubicados en barrios periféricos, $700.oo mensuales por unidad; y TERCERA CATEGORIA, los ubicados en la zona rural de Ibagué, $400.oo mensual por unidad.

"*PARAGRAFO*: Se entiende por zona céntrica para efectos de este Acuerdo, la ubicada entre calles 19 y 3a. y carreras 1a. a 8a.".

De las anteriores disposiciones la Sala encuentra que si bien pueden ser catalogadas como de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia denominan "actos conexos", el acto acusado tiene vida propia en la medida en que constituye la expresión de la voluntad administrativa del Concejo Municipal de Ibagué, con la finalidad de producir no sólo los efectos jurídicos en él consagrados, es decir, de gravar un determinado juego con una suma de dinero, sino de considerarlo automáticamente como juego permitido, dentro de la variedad que de ellos contempla la norma adicionada.

Como consecuencia de lo precedente a continuación la Sala estudiará el único motivo de inconformidad del recurrente frente a la sentencia de primera instancia, el cual, como se recuerda, consiste en sostener que el juego denominado "CINCO" no depende únicamente del azar o de la suerte, sino que requiere de "... un enorme esfuerzo en la habilidad, memoria y percepción del concursante".

Pues bien, en el dictamen pericial decretado y practicado en el curso de esta instancia (fls. 111 a 121 Cdno. No. 1), del cual se corrió el traslado dispuesto por el artículo 238-1 del C. de P.C., sin que las partes hubieren hecho manifestación alguna (fls. 125 a 126 y 134), se lee lo siguiente:

"El juego 'CINCO' es una modalidad del bingo solo se diferencia de este en que el 'CINCO' se juega con 99 balotas y el `BINGO' con 75, ambos tienen un tablero eléctrico o electrónico en el cual se van iluminado los números correspondientes a las balotas que van saliendo de la máquina neumática y que son cantados en forma inmediata, los tableros de los jugadores son iguales en el 'BINGO' y el 'CINCO', en ambos casos el jugador debe estar pendiente de los números cantados, irlos señalando en su tablero y cantar la modalidad del premio inmediatamente lo obtenga.

"El jugador no tiene ninguna participación en la aparición de los números que lo pueden hacer merecedor del premio, esto lo hace una máquina neumática, por lo que se puede deducir que se trata de un juego de `suerte o azar'".

Conforme al citado dictamen pericial, en el cual, además de las conclusiones transcritas se analiza el desarrollo y las diferentes opciones que existen en el juego denominado `CINCO', la Sala llega a la conclusión de que el mismo es un juego de suerte y azar que el artículo 320 de la Ordenanza No. 71 de 26 de diciembre de 1983, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima (Código de Policía del Tolima), consagra como prohibidos.

En razón de lo anterior, y dado que la expresada disposición ordenanzal, que el actor consideró transgredida en su demanda, fue el sustento para que el Tribunal Administrativo del Tolima declarara la nulidad del acto acusado, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada, no sin antes llamar la atención del demandante en el sentido de que no es jurídicamente posible demandar la declaratoria de nulidad del "... acto por medio del cual el señor Alcalde Mayor de Ibagué ordenó

publicar y ejecutar el referido Acuerdo...", toda vez que ello constituye, precisamente, la sanción que el Ejecutivo Municipal imparte a dicho acto, y que forma parte integrante del mismo, sin lo cual carece de validez, al tenor de lo dispuesto por los artículos 111 y 116 del Decreto 1333 de 1986.

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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en fecha 22 de octubre de 1990.

Segundo.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia a los señores Alcalde y Presidente del Concejo Municipal de Ibagué.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

DERECHOS DE AUTOR

Si de acuerdo con el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 la renovación de una licencia de funcionamiento para los establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales, a los cuales se refiere el artículo 159 *ibídem*, debe estar precedida de la comprobación del pago de los derechos que en favor de los autores corresponden a las ejecuciones musicales efectuadas en el correspondiente lapso, y dicha comprobación según la norma demandada consiste en el paz y salvo que puede otorgar una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas, la Sala considera que esta última regulación no solo garantiza el pago efectivo de tales derechos, en los casos en que los autores se encuentren afiliados a ellas, sino que, respetando igualmente el derecho a la autonomía personal no excluye el que tal documento pueda ser expedido por ellos mismos, o por sus representantes o causahabientes, en el caso que unos u otros no hayan delegado su representación.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

Ref.: Expediente No. 1926. Actor: *Guillermo Zea Fernández*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A. instauró ante esta Corporación el ciudadano Guillermo Zea Fernández, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial del artículo 23 del Decreto 3116 de diciembre 21 de 1984, expedido por el Gobierno Nacional, con las firmas del señor Presidente de la República y del ministro de Gobierno.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

El Decreto 3116 de 1984 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1982", que contiene el acto cuya nulidad se solicita, fue expedido por el señor Presidente de la República ".. .en ejercicio de sus atribuciones, en especial de las conferidas en los numerales 3 y 19 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886".

A continuación se transcribe el artículo 23 del mencionado Decreto, en el cual se subraya la expresión demandada:

> "Artículo 23. Para que las autoridades expidan las licencias de funcionamiento o renovación, el comprobante o paz y salvo de que trata el artículo 161 de la Ley 23 de 1982, deberá ir firmado y sellado (por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y) por quien lo otorga con el sello de gerencia de la respectiva asociación. Este documento tendrá validez por el mismo período de la licencia o renovación *y podrá ser otorgado por una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas".*

El texto que se indica entre paréntesis fue declarado nulo mediante sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, de fecha 15 de septiembre de 1987, Consejero Ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Actor: Asociación Colombiana de Autores y Compositores, ACDAYC, Expediente No. 184. Anales del Consejo de Estado Nos. 493-494, segundo semestre 1987, Volumen 1, págs. 242 a 252).

b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la 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 (fls. 9 a 14 y 59 a 63):

Cargo único. Violación de los artículos 161 y 176 de la Ley 23 de 1982 y 13 y 38 de la actual Constitución Política, por lo siguiente:

De conformidad con los literales a), b) y c) del artículo 4o. de la Ley 23 de 1982, son titulares de los derechos de autor "El autor de su obra". "El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución" y "El productor sobre su fonograma", quienes según lo dispuesto por el artículo 176 ibídem, se encuentran facultados para cobrar de los usuarios, los establecimientos abiertos al público o que utilicen medios de difusión al público, el denominado "derecho de ejecución pública", cuando quiera que ella se realice mediante la utilización de discos fonográficos, entre otros dispositivos o mecanismos:

Ahora bien, si conforme al artículo 211 de la citada Ley 23 de 1982, que acoge el derecho de libre asociación garantizado por el artículo 38 de la Carta Política, los titulares de los derechos de autor podrán formar asociaciones sin ánimo de

lucro para la defensa de sus intereses, quiere decir que los autores de obras musicales, los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas pueden constituir libremente asociaciones para la defensa de sus intereses. Por tanto, podrán ser varias las asociaciones que pueden cobrar de los usuarios los derechos de autor.

Si el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 condiciona la expedición de la licencia de funcionamiento para los establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales a la presentación del comprobante de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes los correspondientes derechos de autor, resulta obvio que "el sentido natural de este texto legal fue abolido por el Decreto Reglamentario en el artículo 23 que se demanda, al otorgar esa facultad legal de expedir el comprobante de pago, solamente a una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas".

Es por lo anterior que el texto que se demanda otorga un privilegio indebido a la primera de las asociaciones que otorga el paz y salvo sobre derechos de autor, quedando las demás sin oportunidad igual de recibir la remuneración de sus derechos. Además, coloca al usuario del derecho en posición ventajosa frente a "... posibles asociaciones a las que no les pagó por permitirlo así la norma, desconociendo de esta manera, el principio constitucional de la igualdad ante la ley, la que debe ser la misma para todos...".

La violación de las citadas normas se evidencia aún más si se compara la norma acusada con el artículo 26 de la Ley 23 de 1982, pues mientras la primera faculta a una asociación para expedir el comprobante de pago, la segunda faculta a las diferentes asociaciones para la misma gestión.

c. 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. 36 a 43 y 65 a 69):

La disposición demandada no incurre en violación del artículo 161 de la Ley 23 de 1982, sino que protege, precisamente, el derecho de asociación y el respeto a la propiedad intelectual y autoral, ya que ella no señala quíen es la primera asociación legalmente reconocida, sino que deja en libertad al autor para que se asocie a cualquiera de las existentes, a efecto de que le otorgue el correspondiente comprobante o paz y salvo.

La norma demandada no otorga privilegios a determinada asociación, debido a su amplitud, y por ser esta facultativa. Además, ella, por el hecho de que autorice a una de las legalmente constituidas para expedir el paz y salvo, no desconoce, desmejora, disminuye o priva a los autores de las obras o a sus representantes del derecho de reclamar y percibir los derechos de autor que les correspondan por su utilización, pues su tenor literal debe entenderse en su sentido natural y obvio, ".. es decir, al autorizarse la expedición del referido documento de paz y salvo 'por una cualquiera de las asociaciones legalmente constituidas' se está significando

que la asociación que lo otorgue será aquella a las que los autores de las obras musicales ejecutadas públicamente le hayan entregado sus obras en administración y, por ende, los represente en el cobro del derecho económico, y no otra".

Si se admitiese la tesis del actor, en el sentido que el usuario debe acreditar ante la autoridad administrativa el pago de los derechos de autor, presentando el paz y salvo de todas las asociaciones legalmente constituídas, sería tanto como admitir, erróneamente, "... que deben pagarse derechos de autor de manera indiscriminada a asociados autorales que no han obtenido mandato de los autores realmente ejecutados, configurándose con ello un pago de lo no debido, desconociéndose de manera ilegal el mandato del artículo 73 de la Ley 23 tantas veces citada, que ordena que las tarifas por concepto de derechos de autor se deben acordar mediante contratos bilaterales".

d. La impugnación de la demanda

Al proceso compareció y fue reconocido como impugnante de la demanda el ciudadano Carlos José Díaz Marín, quien se opone a las pretensiones del actor con base en las razones que a continuación se resumen (fls. 48 a 50):

Dado que ni la Ley 23 de 1982, ni el Decreto 3116 de 1984, éste último que contiene el acto demandado, establecen o permiten un monopolio para la administración de los derechos patrimoniales del autor, artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos, en ello radica la legalidad de la norma acusada, pues faculta a cualquier asociación legalmente reconocida "... para expedir el paz y salvo autoral de su repertorio, o de las obras musicales debidamente administradas".

Como quiera que en el mercado musical existen obras de titulares no miembros de ninguna asociación autoral, obras que han caído en el dominio público, de autores anónimos, de autores extranjeros sin representación en el país, folclóricas y tradicionales de autores desconocidos y obras cuyos autores han renunciado a sus derechos, el usuario de la música no puede someterse al largo camino que, además de infructuoso, le ocasionaría grandes erogaciones económicas, para conseguir al titular original del derecho de autor a efecto de obtener el paz y salvo de que trata la norma demandada.

Además, la música utilizada en establecimientos públicos no siempre la representa una sola asociación autoral, si no se da el caso de obras administradas directamente por el titular o sus causahabientes ".. quienes quedarían desprotegidos al declararse la nulidad impetrada, o se institucionalizaría el monopolio y el privilegio".

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 28 de febrero de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 16 a 20).

Mediante providencia de 24 de julio de 1992 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiese su concepto de fondo. De este traslado hicieron uso las partes, mas no el impugnante ni la señora agente del Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala emprenderá el estudio de la alegada violación, por parte del acto acusado, de los artículos 161 y 176 de la Ley 23 de 1982, sobre la cual reposa el cargo de transgresión de los artículos 13 y 38 de la actual Constitución Política.

Para este efecto se transcriben a continuación las mencionadas normas legales:

> "Artículo 161.- Las autoridades administrativas de todos los órdenes se abstendrán de expedir la licencia de funcionamiento, para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales hasta cuando el solicitante de la referida licencia presente el comprobante respectivo de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes los correspondientes derechos de autor".
>
> "Artículo 176.- Los discos fonográficos y demás dispositivos mencionados en el artículo 151 de la presente Ley que sirvieren para una ejecución pública por medio de la radiodifusión, de la cinematografía. de las máquinas tocadiscos o de cualquier otro aparato similar, en cualquier lugar público, abierto o cerrado, darán lugar a la percepción de derechos a favor de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en los términos establecidos en la presente Ley".

En cuanto a la violación del artículo 161 de la Ley 23 de 1982, alegada en sustento de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, esta Sala, en auto de 28 de febrero de 1992, en el cual se decidió sobre dicha solicitud, expresó lo siguiente:

> "De lo atrás expuesto, la Sala considera que la razón de fondo que sustenta la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado radica en la consideración acerca de que mediante éste se elimina la facultad que el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 otorga a los titulares de los derechos de autor, individualmente o agremiados, para expedir el comprobante que acredite la cancelación de los referidos derechos.
>
> "Luego de analizados los fundamentos expuestos por el actor, y de confrontar la expresión acusada con el artículo 161 de la Ley 23 de 1982, la Sala considera que la medida precautelativa solicitada no tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

"1.- Porque si bien el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 consagra que el comprobante de cancelación de los derechos de autor corresponde expedirlo a los autores, representantes o causahabientes, de los términos como está redactada la expresión cuya nulidad se solicita no puede concluirse abiertamente, y sin asomo de duda, como lo plantea el actor, que mediante ella se esté dejando sin posibilidad de expedir el paz y salvo por concepto de derechos de autor a las demás asociaciones legalmente reconocidas. En efecto, cuando en la expresión demandada se indica que dicho paz y salvo "podrá ser otorgado por una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas", no parece estar excluyendo a las demás que se encuentran en la misma situación legal, por la sencilla razón de que dicho documento solo será susceptible de ser expedido por aquella asociación que ostente la representación del respectivo autor o causahabiente.

"2.- Porque, de igual manera a la expuesta en el numeral anterior, la redacción de la norma demandada permite inferir, en este momento procesal, que el documento de paz y salvo "podrá ser otorgado" por los autores o causahabientes, cuando no hayan delegado la representación de que habla el aludido artículo 161 de la Ley 23 de 1982.

"3.- Porque, en fin, al utilizarse en la expresión demandada la locución verbal "podrá", ha de entenderse, en principio, de que con ella se está indicando una posibilidad o facultad para hacer algo, la cual, obviamente, solo será susceptible de materializarse por parte de la persona natural o jurídica, que tenga la titularidad o la representación del derecho de autor" (fls. 17 y 18).

Ahora bien, adicionalmente a lo expresado en la providencia transcrita cuyos planteamientos se reiteran en esta sentencia como fundamento para denegar las súplicas de la demanda, la Sala considera lo siguiente:

1o.- Si de acuerdo con el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 la renovación de una licencia de funcionamiento para los establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales, a los cuales se refiere el artículo 159 ibídem, debe estar precedida de la comprobación del pago de los derechos que en favor de los autores correspondan a las ejecuciones musicales efectuadas en el correspondiente lapso, y dicha comprobación según la norma demandada consiste en el paz y salvo que puede otorgar una cualquiera de las asociaciones legalmente reconocidas, la Sala considera que esta última regulación no solo garantiza el pago efectivo de tales derechos, en los casos en que los autores se encuentren afiliados a ellas, sino que, respetando igualmente el derecho a la autonomía personal no excluye el que tal documento pueda ser expedido por ellos mismos, o por sus representantes o causahabientes, en el caso que unos u otros no hayan delegado su representación.

2o.- En lo referente a la argumentación del actor, encaminada a demostrar la violación del artículo 176 de la Ley 23 de 1982, en la medida en que la norma acusada no garantiza a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas la percepción de derechos, la Sala considera que dicha norma legal sólo guarda relación con el caso en estudio en cuanto consagra la percepción de dere-

chos en favor de los autores, pues debe recordarse que el acto cuya nulidad se solicita reglamenta exclusivamente la expedición del paz y salvo de que trata el artículo 161 *ibídem*, es decir, de aquel que permita demostrar el pago de derechos en favor de los autores, sus representantes o causahabientes y en momento alguno regula, como no podría regular, sin contravenir la norma, el que tal documento deba ser expedido igualmente, por los artistas intérpretes o ejecutantes y por los productores de fonogramas, éstos últimos que, si bien de acuerdo con dicho artículo 176 perciben "derechos", para efecto de su pago deberán regirse por lo dispuesto en los artículos 173 y 174 ibídem.

Por último, y como consecuencia de no haberse demostrado la violación de los artículos 161 y 176 de la Ley 23 de 1982, el cargo de transgresión de los artículos 13 y 38 de la actual Constitución Política no puede prosperar, ni siquiera aplicando las normas correspondientes de la Constitución anterior, bajo cuya vigencia se expidió el acto acusado, pues reposa sobre el desconocimiento de las disposiciones legales ya analizadas.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas 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 21 del expediente, los cuales no fueron utilizados.

Tercero.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor ministro de Gobierno.

Cuarto.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente*; Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

IMPORTACION/DERECHOS DE ADUANA/IMPUESTO AD VALOREM/DIRECCION GENERAL DE ADUANAS-Facultades

El 15 a que se alude la norma demandada se debe, por una parte, a la diferencia que existe entre el precio que otorga la fábrica y el precio que otorga un distribuidor en el exterior, y, por otra, a la diferencia entre el precio obtenido en el país de origen y el obtenido en un país diferente a éste, por concepto de gastos de transporte y entrega, cuando, por supuesto, el vehículo es comprobado en un país diferente al de origen. Desde luego, este 15% es un porcentaje promedio resultado de estudios técnicos de las características en el mercado internacional. Lo anterior demuestra que con el artículo impugnado, antes que desviarse la demanda hacia los concesionarios o distribuidores, su finalidad es acercarse a una base imponible que esté acorde con las condiciones reales del mercado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Ref.: Expediente No. 1957. Acción de nulidad contra el artículo 54 de la Resolución número 0225 de 7 de febrero de 1992, expedida por 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 demandada ante esta Corporación para que mediante sentencia se haga la siguiente declaración:

I.- PETITUM

Que es nulo el artículo 54 de la Resolución número 0225 de 7 de febrero de 1992, de la Dirección General de Aduanas —Ministerio de Hacienda y Crédito Público—, al disponer:

> "Los vehículos adquiridos en un país diferente al de origen o por particulares que no sean concesionarios o distribuidores, serán valorados con base en la factura de compra, si los precios que allí figuran son superiores a los señalados en esta Resolución.
>
> Si fueren inferiores o no se presentase factura original de compra, serán valorados conforme a la Resolución más un recargo del 15% por concepto de gastos de venta y entrega".

II. CAUSA PETENDI

II.1.- *Normas violadas y concepto de la violación.*

Considera el actor que con el acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

Primer cargo: Violación del artículo 2o. de la Constitución Nacional, por cuanto la prosperidad a la que se refiere esta norma es la general y no la de personas que han adquirido la representación de una casa comercial en el país.

Segundo cargo: Violación del artículo 29 de la Carta, sobre el debido proceso, que se rompe cuando la Dirección General de Aduanas, sin demostrar irregularidad o ilicitud en las facturas, ordena que para la compra de autos por particulares distintos al distribuidor, tienen que ser pagados por precio superior al realmente pagado o al encontrado en medio de la libre competencia comercial, pues de lo contrario se hace acreedor a una sanción no prevista anteriormente.

Tercer cargo: *Violación del artículo 58 de la Carta*, porque se afecta el patrimonio del particular que no quiso comerciar con un distribuidor en Colombia, al cobrarle un mayor impuesto.

Cuarto cargo: Violación del artículo 84 de la Carta, al incluir el acto acusado requisitos adicionales para que el particular pueda ejercer la compra autorizada, sin facultad para ello.

Quinto cargo: Violación del artículo 95 de la Carta, porque el funcionario público no puede desconocer los principios otorgados y derechos reconocidos so pretexto de estar ejecutando la ley.

Sexto cargo: Violación del artículo 333 de la Carta, porque se coarta la libre competencia económica bajo el pretexto de estar regulando la base gravable para la liquidación de impuestos, afectando a quien buscando un mejor precio no se somete a comprarle al distribuidor en Colombia, imponiéndole un mayor impuesto.

Séptimo cargo: Violación del artículo 336 de la Carta, porque no pudiendo existir ningún monopolio con finalidad rentística particular, mal obligarse a una persona a comprarle sólo a quien en Colombia posee la distribución.

Octavo cargo: Violación del artículo 345 de la Carta, porque no encontrándose el país en guerra exterior mal puede la Dirección General de Aduanas elevar caprichosamente el valor de las mercancías importadas para así incrementar los derechos arancelarios, impuestos y tasas causadas con motivo de la importación.

Noveno cargo: Violación de los artículos 235, 236, 237, 239 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto se desconocen los principios consagrados en estas normas al originar con el acto demandado nuevos bienes para la Nación, desoyendo la ley que dice aplicar y obligando la Dirección General de Aduanas a sus subalternos a que se aparten de su justa aplicación.

Décimo cargo: Violación del artículo 136 del Código Penal, porque se obtiene un recaudo mayor al indicado en la Ley de Presupuesto, cuya destinación se ignora y por lo tanto sin autorización para invertirlo o disponer de él.

Décimo primer cargo: Violación de los artículos 1o. del Decreto 2011 de 1973 y 2o. a 7o., 144 a 148 del Decreto 2666 de 1984, porque de acuerdo con el 1o., los derechos de aduana son sólo los determinados por el precio *ad-valorem*, razón por la cual no se puede sancionar con formas no previstas en la ley, pues sólo pueden cobrarse tales derechos con base en los datos consignados en el manifiesto de importación y en la factura comercial que a éste se debe acompañar, según los artículos 4o. a 7o. y 144 a 148 citados, y menos se puede eliminar la libre competencia, conforme lo enseñan los artículos 2o. y 3o. del señalado Decreto 2666 de 1984. Conforme a estos criterios, se infringen igualmente los artículos 2o., 3o., 6o., 7o., 17, 24, 25 y 28 del Decreto 2011 de 1973, añadiendo que conforme a esta última regla, que fue modificada por el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975, la Dirección General de Aduanas a través del acto acusado excedió la autorización contenida en dicha disposición.

El actor señaló también como normas infringidas, el artículo 30 del Decreto 2011 de 1973 y el Decreto 2649 de 1988, sin exponer el concepto de su presunta violación.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del proceso ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, en la cual se denegó la suspensión provisional solicitada, fijación en lista y traslado para alegar de conclusión, derecho éste último del cual hizo uso sólo la parte actora.

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 norma en *litis* se expidió ajustada a los trámites legales y con base en las facultades otorgadas por el artículo 2o.

del Decreto 2230 de 1975, previo concepto del Consejo Nacional de Política Aduanera.

Propone la EXCEPCION de INEPTA DEMANDA alegando que el actor se limita a citar normas diversas que considera violadas sin comentar el motivo de su presunto quebranto.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala en primer lugar a referirse a la excepción de Inepta Demanda propuesta por la parte demandada. La glosa que ésta hace no se compadece con la realidad que ofrece el libelo demandatorio que aunque en "su concepto de violación" no es modelo de claridad ni de orden en las explicaciones de los innumerables cargos, en varios de los cuales se limita a transcribir la norma que estima infringida, no se puede por ello válidamente aducir que no se da cumplimiento al requisito que sobre el particular exige el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A. La reseña que sobre las censuras se ha hecho en este proveído infirman la apreciación de la parte demandada.

Desde luego que en el evento en que no se explique el alcance y el sentido de la infracción, no habrá lugar a consideración alguna porque el juzgador, dado que en el proceso contencioso-administrativo no se da un control general de legalidad, no puede más que analizar los motivos de violación alegados por el actor con respecto a las normas que este mismo estime como vulneradas.

Basta lo dicho para concluir que la excepción no prospera.

La cuestión de fondo. La Sala considera que el aspecto medular del debate se circunscribe fundamentalmente al análisis y definición del último cargo que aquí se ha reseñado (el décimo primero) y, en consecuencia, de ello dependerá el que las otras censuras prosperen o no, dado que los ocho primeros cargos de los once en que se han resumido las censuras del actor se refieren a presuntas infracciones de la Carta Política, y de quebrantarse alguna de dichas normas lo sería por la vía indirecta en el evento de demostrarse que se ha violado por el acto acusado alguna o algunas de las disposiciones legales aduaneras que se indican como transgredidas por el artículo 54 de la Resolución 0225 de 1992 en el último cargo.

En cuanto a los cargos noveno y décimo, correspondientes a pretensas violaciones del Código de Régimen Político y Municipal y del Código Penal, dada la índole de estas censuras, aparece lógico que su prosperidad igualmente esté supeditada a las conclusiones que se deriven del examen mencionado "Décimo primer cargo".

El Décimo primer cargo.- Se sienta en este cargo como premisa que los derechos de aduana son sólo los determinados por el precio *ad-valorem*, el cual se determina con base en los datos consignados en el manifiesto de importación y en la factura comercial que a éste debe acompañar, para deducir que la Dirección General de Aduanas al expedir el acto acusado-artículo 54 de la Resolución 0225

de 1992 se excedió en la autorización contenida en el artículo 2o. del Decreto 2230 de 1975 (subrogatorio del artículo 28 del Decreto 2011 de 1973).

El texto de este artículo 2o., es del siguiente tenor:

> "El artículo 28 del Decreto 2011 de octubre 4 de 1973, quedará así:
>
> Artículo 28.- La Dirección General de Aduanas mediante resolución y previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Aduanera, podrá establecer precios oficiales mínimos para la aplicación de los gravámenes *ad-valorem* de las mercancías importadas cuando a su juicio sean objeto de subfacturación o de prácticas de efectos equivalentes o cuando situaciones especiales derivadas de razones de orden económico o técnico así lo requieran o aconsejen".

Del contenido de esta disposición, bien claro aparece que la Dirección General de Aduanas se encontraba, y encuentra, autorizada para establecer reglas para el caso de que los valores de los vehículos adquiridos en la forma allí contemplada fueran superiores o inferiores a los señalados en la Resolución de que forma parte el artículo impugnado.

Ahora bien, en orden a explicar la diferencia en la determinación del valor normal en Aduanas de las mercancías importadas, para efectos de liquidar los gravámenes aduaneros, en los casos en que se adquieran vehículos en un país diferente al de origen o por particulares que no sean concesionarios o distribuidores, o se obtengan con precios inferiores o no se presentase factura original de compra, viene la parte demandada a expresar con claridad conceptual y técnica al contestar los hechos de la demanda, que lo que se contempla en el artículo acusado es un propósito de aproximar a precios reales de venta en el exterior, y por ello los precios contenidos en la Resolución 0225 de 1992 son precios de fábrica, concedidos únicamente a los concesionarios o distribuidores exclusivos en el país importador. En consecuencia, cuando se trata de compras efectuadas por particulares —importadores independientes—, necesariamente sus precios no pueden ser los de fábrica (excepto personal diplomático) sino los de distribuidores (Dealer) de las respectivas marcas en el exterior, quienes venden necesariamente a un precio superior al de fábrica, por todos los gastos que ocurren para la venta de tales vehículos, incluído su margen de comercialización.

En estos términos, ciertamente, se deduce fácilmente que el 15% a que se alude en el inciso final del artículo 54 demandado, se debe, por una parte, a la diferencia que existe entre el precio que otorga la fábrica y el precio que otorga un distribuidor en el exterior, y, por otra, a la diferencia entre el precio obtenido en el país de origen y el obtenido en un país diferente a éste, por concepto de gastos de transporte y entrega, cuando, por supuesto, el vehículo es comprado en un país diferente al de origen. Desde luego, este 15% es un porcentaje promedio resultado de estudios técnicos de las características en el mercado internacional, según lo asevera la parte demandada y encuentra respaldo probatorio en la exposición de motivos del proyecto de la mencionada Resolución 0225 de 1992 sobre precios mínimos oficiales para la importación de vehículos automotores al país, modelo

1992, que hace parte de los antecedentes administrativos traídos al proceso y que obran a folios 196 a 202.

Lo anterior demuestra que con el artículo impugnado, antes que desviarse la demanda hacia los concesionarios o distribuidores, su finalidad es acercarse a una base imponible que esté acorde con las condiciones reales del mercado.

También se deduce de lo precedente que el 15% que consagra el inciso segundo del artículo 54 impugnado como recargo sobre el precio establecido en la Resolución de la cual forma parte dicho precepto, no es una sanción ni un impuesto, como lo afirma el actor, sino, como ya se anotó, un porcentaje promedio resultado de una situación normal del mercado, que va a cointegrar, en los casos previstos en la mencionada disposición, el valor de los vehículos automotores que se importen en orden a determinar su precio normal para los fines de la liquidación de los gravámenes establecidos en el Arancel de Aduanas.

No debe olvidar el demandante que, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 1644 de 27 de junio de 1991 y en el artículo 163, numerales 1o. y 2o., del Decreto 2666 de 1984, es función de la Aduana revisar, los precios declarados por los importadores y consignados en las facturas comerciales con el fin de establecer una base imponible correcta. Claro que esto no significa que exista falsedad, incongruencia o mala fé en los valores declarados, como lo pregona el accionante al aludir la presunta violación de los artículos 144 a 148 del Decreto 2666 de 1984. Por el contrario, según se desprende de las normas sobre valoración aduanera, al verificar una base imponible lo que se busca es establecer el precio usual de competencia del que puede gozar cualquier importador que se encuentre en iguales circunstancias en cuanto a los elementos de hecho contemplados en la definición del valor del bien en Aduana que trae el Decreto 2011 de 1973.

No se excede, pues, en el acto acusado la autorización contenida en la disposición contenida en la norma invocada como fundamento de su expedición.

Al no prosperar este cargo, mal se puede incurrir en violación de las normas constitucionales que se alegan en los cargos 1o. a 8o.

Con relación al *cargo noveno*, según el cual se violan los principios consagrados en los artículos 235, 236, 237, 239 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal, la Sala no encuentra el más mínimo asomo de quebranto alguno, pues la Dirección General de Aduanas antes de desatender la norma que invoca como fundamento de la expedición del acto acusado, se ajusta plenamente a su tenor literal y a su espíritu. Desde luego que las previsiones que allí se consignan deben ser justamente cumplidas por los funcionarios a quienes se les tengan asignadas las correspondientes funciones. El cargo, por lo tanto, no prospera.

En cuanto al presunto quebranto del artículo 136 del Código Penal, porque dice el actor en el "*Décimo cargo*", se generan rentas no previstas en la Ley de Presupuesto, se advierte, como ya lo había señalado esta Sección, al denegar la suspensión provisional impetrada por el actor, que la norma acusada sirve para determinar la base imponible, es decir, la generadora de la renta, pero no ésta.

Además, el recaudo del 15% no tiene otra destinación que la legal, cual es la de ingresar a las arcas de la Tesorería General de la República.

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 no probada la excepción propuesta por la parte demandada.

2o): Deniéganse las súplicas de la demanda.

3o.): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

4o): En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

REGISTRO DE MARCA-Renovación/**USO DE MARCA**

La demandante al solicitar la renovación del registro de la marca CROWN no adjuntó la prueba del uso con dicha solicitud ni dentro del término de dos meses que se le concedió para tal efecto. La solicitud de renovación de un registro marcario es, sin lugar a dudas, una petición que se hace ante la autoridad administrativa competente, por quien le asiste un interés particular, en el cual está involucrado un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, en este caso, de carácter comercial; el derecho a la renovación de un registro marcario que le había sido concedido con anterioridad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera. Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Ref.: Expediente No. 2008. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos. 4956 de 21 de Junio de 1990 y 5199 de 13 de Agosto de 1991, expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y la Resolución No. 2171 de 28 de Noviembre de 1991, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: SOCIEDAD CROWN KABUSHIKI KAISHA.

La sociedad CROWN KABUSHIKI KAISHA, a través de apoderada, 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. 4956 de 21 de Junio de 1990, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se rechazó la renovación del certificado de Registro No. 78.161 correspondiente a la marca CROWN, clase 9a. internacional, otorgado a la sociedad actora desde el 3 de Noviembre de 1972.

2a.) Que es nula la Resolución No. 5199 de 13 de Agosto de 1991, por la cual la misma oficina resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución inicial, confirmándola en todas sus partes.

3a.) Que es nula la Resolución No. 2171 de 28 de Noviembre de 1991, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual, en virtud del recurso de apelación, se confirmó en todas sus partes la Resolución No. 4956 de 21 de Junio de 1990.

4a.) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio conceder la renovación del certificado de registro No. 78.161 correspondiente a la marca CROWN, a favor de CROWN KABUSHIKI KAISHA que comercia como CROWN CORPORATION, para distinguir productos de la clase 9a. del Decreto 755 de 1972, durante el período correspondiente a partir del 3 de Noviembre de 1987.

II.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Para fundamentar sus pretensiones, la demandante afirma que se han violado los artículos 118 del C. de P.C., 3o. del C.C.A., 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, 5o. del Decreto Reglamentario No. 753 de 1972 y la Circular No. 4 de 1979 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Primer Cargo:

Las resoluciones acusadas que se traen a colación, sin ninguna explicación, violan el artículo 118 del C. de P.C., por aplicación indebida, al haberle hecho producir efectos en casos no previstos por el legislador, ya que las disposiciones que podrían dar cabida al artículo 118 citado en actuaciones administrativas serían el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 y el 267 del C.C.A., pero en realidad por ninguno de estos conductos puede llegarse a admitir la aplicación del artículo 118 para casos como el presente, porque: el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887 se refiere a términos procesales, o sea, los que se conceden en un proceso adelantado ante la jurisdicción ordinaria en virtud de un conflicto entre dos o más partes y en el procedimiento administrativo no hay contraparte y la eventual demora en la decisión de la petición presentada sólo afecta al peticionario. Tampoco sería del

caso insistir en la aplicación de dicha norma por la vía del artículo 267 del C.C.A. por cuanto aquí se requiere que las normas del C. de P.C. que vayan a tomarse sean compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Segundo Cargo:

Se violó, por falta de aplicación, el artículo 3o. del C.C.A. que enuncia y desarrolla los principios que deben orientar a las autoridades administrativas en todas las actuaciones, entre ellas, las iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés particular, que es el que ejerce quien solicita la renovación de un registro marcario.

En este caso, la División de Propiedad Industrial obró conforme a los principios de economía y celeridad pero en forma irracional pues se requiere que prime sobre ellos el principio de eficacia y, en sana aplicación, la administración hubiera podido y debido aceptar la prórroga solicitada porque no lesiona derechos de terceras personas ni existe norma expresa que prohíba dichas prórrogas.

Tercer Cargo:

Por interpretación errónea la administración violó los artículos 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y 5o. del Decreto Reglamentario 753 de 1972, pues el citado artículo 70 por parte alguna reglamenta o califica la prueba de uso que exige ni determina cuáles serán admisibles ni cuáles no. Y, de otra parte, no puede deducirse, como lo ha pretendido la demandada, que la prueba del uso debe presentarse con la solicitud, es decir, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de vencimiento del registro de la marca.

Cabe recordar que las autoridades no pueden exigir a los particulares, ni aún dentro de la tramitación de las peticiones presentadas por estos, documentos, requisitos ni formalidades adicionales diferentes de las que la misma ley contempla. Y, en este caso, la ley exige que se presente prueba del uso como requisito indispensable para tener derecho a la renovación del registro, pero no señala un término especial para la presentación de dicha prueba, y tan cierto es ello que la propia administración requirió al solicitante para que presentara la prueba de uso conforme al artículo 12 del C.C.A., con lo que acepta tácitamente que la prueba de uso bien podía presentarse posteriormente.

Es inadmisible el enlace que hace la demandada en los actos acusados de las normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y el artículo 5o. del Decreto 753 de 1972, pues éste se expidió conforme al artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Política de 1886 y la norma reglamentada no es precisamente la Decisión 85, que no tenía existencia jurídica, sino el C. de Co. (Decreto Ley 410 de 1971).

Cuarto Cargo:

En especial, la primera de las Resoluciones impugnadas viola lo dispuesto en la Circular No. 4 del 19 de Septiembre de 1979, de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por falta de aplicación, ya que a través de dicha Circular se reglamentó el artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena ante la falta de reglamentación por parte del gobierno, y para llenar el vacío sobre lo que debía entenderse como prueba del uso. Sin embargo, no obstante haberse presentado el 11 de Abril de 1988 copia auténtica de las publicaciones hechas en el Directorio Telefónico y catálogos promocionales de los productos distinguidos con la marca CROWN, la demandada no los tuvo en cuenta, siendo que tales documentos se ajustan en todo a lo dispuesto en dicha Circular.

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.

La actora alegó de conclusión ratificando los puntos planteados en la demanda.

También hizo uso de este derecho la demandada SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, reiterando su oposición a las pretensiones del libelo.

III.- 1. Contestación de la demanda:

A través de apoderado, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se opuso a la prosperidad de las súplicas del libelo, aduciendo que la demandante al solicitar la renovación de la marca CROWN no allegó la prueba de uso de la misma con su petición, que demostrara su utilización en Colombia o en cualquier país miembro, como lo ordena el artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ni adjuntó los comprobantes de pago de derechos fiscales de publicación, y, pese a que se le requirió para que completara su solicitud, dejó transcurrir los dos meses concedidos y sólo cinco meses y quince días después de presentada la solicitud allegó los comprobantes de pago y unos documentos los cuales no son prueba fehaciente del uso de la marca a renovar.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El fundamento de las Resoluciones acusadas (folios 7 a 8, 10 y 11 y 22 a 25) descansa básicamente sobre el hecho de que la demandante al solicitar la renovación del registro de la marca CROWN no adjuntó la prueba del uso con dicha solicitud ni dentro del término de dos meses que se le concedió para tal efecto, sino que ante el requerimiento pidió prórroga y posteriormente a los cinco meses y

quince días del mismo adjuntó unos documentos que no son prueba fehaciente del uso.

La solicitud de renovación de un registro marcario es, sin lugar a dudas, una petición que se hace ante la autoridad administrativa competente, por quien le asiste un interés particular, en el cual está involucrado un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, en este caso, de carácter comercial: el derecho a la renovación de un registro marcario que le había sido concedido con anterioridad.

Para la fecha en que la actora presentó su solicitud, las normas que gobernaban la actuación administrativa eran las contenidas en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en armonía con las consagradas en el Decreto 01 de 1984.

Según el artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena:

> "Para tener derecho a la renovación, el interesado deberá demostrar, ante la Oficina Nacional Competente respectiva que está utilizando la marca en cuestión, en cualquier país miembro."

Ciertamente del contenido de la norma anterior no puede afirmarse que ella expresamente exija que con la solicitud deberá acompañarse la prueba del uso. Pero, sin embargo, por simple lógica se deduce que quien pretenda obtener de la administración el reconocimiento de un derecho a su favor, acompañará las pruebas que demuestren que su solicitud está respaldada en una norma jurídica y que por ello debe accederse a su pedimento. Esto es tan evidente que el artículo 11 del C.C.A. se refiere a las peticiones incompletas, que son aquellas en las cuales no se han aportado los documentos o informaciones necesarios para adoptar la decisión correspondiente.

En el evento *sub lite*, la actora al solicitar la renovación del registro de la marca no acompaño la prueba del uso, y, como quiera que para tener derecho a tal renovación era menester acreditar la utilización de la marca, se le requirió para tal fin conforme a lo establecido en el artículo 12 del C.C.A. que señala: "Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa, no son suficientes para decidir, se le requerirá por una sola vez, con toda precisión, y en la misma formal verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de la que haga falta", concediéndole un plazo de dos meses so pena de dar aplicación al artículo 13 *ibídem*.

Obsérvese que no es, como lo afirma la actora, que se le estuviere exigiendo requisitos o formalidades adicionales diferentes de los que la ley contempla, sino el requisito *sine qua non* para poder determinar la demandada si tenía derecho o no a la renovación de la marca, según las previsiones del artículo 70 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

De otra parte, el término de dos meses concedido en el auto de 3 de diciembre de 1987, visible a folio 4 del cuaderno de antecedentes, encuentra soporte en el artículo 13 del C.C.A. que enuncia: "Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documen-

tos o las informaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses...". Por esta razón, independientemente de que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera tenido en cuenta en la motivación de los actos acusados el artículo 118 del C. de P.C., que también consagra la perentoriedad de los términos judiciales, no afecta la validez de la actuación administrativa, pues en ella se ha previsto como sanción la presunción de desistimiento de la solicitud cuando no se dá cumplimiento oportuno a los requerimientos, lo que significa que los términos señalados en el C.C.A., en cuanto a las actuaciones administrativas en interés particular, tienen carácter de perentorios.

El C.C.A. no prevé el otorgamiento de prórrogas para el caso de las peticiones incompletas que den lugar a requerimientos. Todo lo contrario, al señalar en el artículo 12 que tales requerimientos se harán POR UNA SOLA VEZ, y, al estatuir en el artículo 13 la presunción de desistimiento de la solicitud, busca impedir a la administración que dilate las actuaciones con la exigencia de requisitos que desde el inicio de las mismas deben quedar clara y precisamente determinados, para así mismo lograr la conclusión de los procesos que allí se ventilan y, obligar a los administrados a suministrar los documentos e informaciones necesarios, en tiempo oportuno (de ahí la perentoriedad en los términos), para evitar también la dilación y pérdida de tiempo en los trámites administrativos.

Estando demostrada en el proceso la extemporaneidad en la aportación de las pruebas de uso necesarias para resolver la solicitud, la Sala considera suficiente motivo para avalar la legalidad de los actos acusados y desestimar las súplicas del libelo, sin que se requiera analizar si las mismas eran o no fehacientes, pues este hecho no desvirtúa ni deja sin efecto los demás fundamentos que tuvo en cuenta la Superintendencia de Sociedades para expedir los actos acusados y que la Sala encontró ajustados a derecho.

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 deniegan las súplicas de la demanda instaurada por la sociedad CROWN KABUSHIKI KAISHA.

2o): Devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso o su remanente.

3o): Se condena en costas a la parte actora. Tásense por Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES/LIBRANZA-Trámite/**TITULO VALOR**-Firma/**DANCOOP**-Facultades/**COOPE- RATIVISMO**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la Directiva impugnada se atribuye la facultad de anular libranzas, por la sola circunstancia de no reclamarse después de quince días de haber sido autorizadas. Resulta evidente que la disposición aquí acusada, por lo que dice "para ser anuladas", establece una causal de extinción de la obligación no contemplada en el artículo 1625 del C.C., sin procedimiento autorizado, y asigna a la Caja la función de declarar nulidades, que desde luego no le corresponde. De otro lado, la firma de un título-valor goza de autenticidad, pues el cobro del instrumento da lugar a procedimiento ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firmas; y los documentos son auténticos cuando existe certeza sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito o firmado. El acto acusado igualmente ordena limitar al 50 de los descuentos permisibles por concepto de libranzas de cooperativas, a tiempo que el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 impone la obligación de retener y deducir de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que éstos adeuden a la Cooperativa, y que la obligación conste en libranza, títulos valores o cualquier otro documento suscrito por el deudor. DECISION: DECLARANSE NULAS las siguientes disposiciones contenidas en la Directiva Permanente No. 17741 de 13 de agosto de 1990, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: a) Numeral 4, literal a) punto 2, Capítulo III, la expresión "Para ser anuladas". b) Numeral 2, Capítulo IV: "No se aceptan libranzas sin autenticar". c) Numeral 7o., Capítulo IV: "El beneficiario podrá comprometer hasta el 50 de su asignación descontados los siguientes rubros: Timbres, Ley 33 de 1985. Retención en la Fuente, Caja de Retiro de las FF. MM. (5), Caja de Vivienda Militar (7). d) Numeral 13, Capítulo IV: "Los Códigos de descuentos podrán suspenderse temporalmente por períodos de 6 meses o cancelarse en forma definitiva por las causales señaladas en el anexo H de la Directiva Permanente No. 017 MDSDJO29". e) Nume-

ral 14, Capítulo IV: "No se harán descuentos a favor de dos o más cooperativas, ni más de un descuento con destino a la misma Entidad".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano*

Ref.: Expediente No. 1851. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Cooperativa de Técnicos Civiles y Personal de las Fuerzas Armadas de Colombia "COOPEFAC".*

Procede la Sala a resolver la solicitud de nulidad del acto administrativo del orden nacional, contenido en la Directiva Permanente Número 17741 del 13 de agosto de 1990, expedido por el establecimiento público descentralizado CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional.

Las partes en el proceso, son:

a) Parte demandante: Es la "Cooperativa de Técnicos Civiles y Personal de las Fuerzas Armadas de Colombia"- "COOPEFAC"-, domiciliada en Santa Fé de Bogotá, actuante en el proceso a través de apoderado especial.

b) Parte demandada: Es la "Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", representada por su Director General y actuante en el proceso mediante apoderado judicial.

EL ACTO DEMANDADO

Es la Directiva Permanente Número 17741 del 13 de agosto de 1990, expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual: a) Se imparte instrucciones a las dependencias de la Caja encargadas de dar trámite a las libranzas y aplicar los descuentos por nómina. b) Se señala el monto de los descuentos que pueden ser aceptados en la nómina de beneficiarios. c) Se agiliza el manejo de los descuentos mediante la sistematización de los mismos.

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Entre los veinticuatro hechos narrados por el accionante, se señalan los siguientes:

1) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, expidió el Oficio 330-2082 del 1o. de febrero de 1991, mediante el cual informó a "COOPEFAC" su decisión de devolver el pagaré No. 1662 por no ser su suscriptora asociada de la Cooperativa, en cumplimiento de la Directiva demandada.

2) Mediante memorial recibido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 7 de febrero de 1991 y radicado en esa entidad con el No. 005234, el abogado Nelson Parra Leyva, antiguo asesor jurídico de COOPEFAC, impugnó esa decisión de la misma institución y solicitó la expedición de copia auténtica o autenticada de la Directiva Permanente 17741 de agosto 13 de 1990 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el objeto de hacerle un análisis jurídico.

3) La Caja desató el recurso interpuesto expidiendo la Resolución 727 del 10 de abril de 1991 por medio de la cual deja en firme el oficio impugnado.

4) La Directiva Permanente No. 17741 del 13 de agosto de 1990, expedida en Bogotá, se halla dirigida al señor Mayor (r) Héctor Flavio Lossa Alvarez, jefe de la sección de crédito, embargo y libranzas de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

El actor señala, igualmente como hechos, las distintas disposiciones que se encuentran en el texto del acto demandado y concluye manifestando que "La Cooperativa Coopefac, contempla dentro de sus Estatutos la facultad de extender sus servicios al público no afiliado".

NORMAS SUPERIORES VIOLADAS

Numerosas son las normas superiores que, según la parte actora, resultan violadas por varias disposiciones contenidas en el acto administrativo que acusa y a las cuales se hará la debida referencia y análisis en cuanto fuere pertinente en el capítulo de consideraciones de este proveído.

En la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto objeto de la misma, medida que fue denegada por la Sala por considerarse que, en ese primer análisis, no aparecía patente la violación de las normas indicadas, con excepción de la expresión "para ser anuladas", contenida en el numeral 2. (a.4.) del Capítulo III de la Directiva cuestionada, cuya suspensión fue decretada.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

En el proceso se hizo presente, a través de apoderado judicial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Al descorrer el traslado de la demanda, hace un pronunciamiento sobre cada una de las acusaciones, se opone a las pretensiones y propone la excepción de inepta demanda con el siguiente fundamento:

> "Estando frente a un acto de trámite y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo y en concordancia con el inciso 4o. del artículo 84 del mismo estatuto, no es procedente la acción de nulidad, ya que ésta es pertinente sólo contra los actos de carácter definitivo y general".

Corrido en su oportunidad el término para alegar en conclusión, no se hicieron presentes las partes. Tampoco lo hizo la señora Agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Obligatoria referencia debe hacer esta Sala al inicio de sus consideraciones, a la excepción propuesta por el señor apoderado de la entidad demandada, fundamentándola en las disposiciones de los artículos 49 y 84 inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo.

Sobre la materia ha de decirse, simplemente, que no es conducente la proposición del mencionado profesional puesto que los dos artículos citados no son aplicables al caso controvertido. El primero de ellos, el artículo 49, por cuanto se refiere a la procedencia de los recursos en la vía gubernativa. El segundo, el 84, que consagra la acción de nulidad, porque el texto del artículo, con las modificaciones hechas por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, no tiene concordancia alguna con la pretensa excepción que, además de no haber sido explicada, carece de fundamentación jurídica.

No prospera, en consecuencia, la excepción propuesta.

Ya, en cuanto a la acción que se está examinando con miras a ser decidida en esta providencia, entra la Sala a ocuparse de las diferentes pretensiones de la actora en el mismo orden establecido en la demanda.

Se solicita la nulidad de las siguientes normas contenidas en la Directiva Permanente No. 17741 de 13 de agosto de 1990 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

1o. Numeral 4o. del literal a) del numeral 2o. del Capítulo III sobre "III EJECUCION", en cuanto determina la anulación de las libranzas no reclamadas después de 15 días de haber sido autorizadas.

La disposición en mención, al asignar una función a la Oficina de Correspondencia, reza:

> "4. Devuelve a la Sección de Créditos, las libranzas no reclamadas después de 15 días de haber sido autorizadas, para ser anuladas".

Manifiesta el demandante al respecto que la disposición anterior infringe el artículo 58 de la Constitución Nacional y el 1625 del Código Civil. El primero dispone garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo de las leyes civiles, y el segundo establece los modos de extinguirse la obligación.

En este punto la Sala en auto de 22 de noviembre de 1991, al resolver la solicitud de suspensión provisional, estimó y ahora sigue estimando que por este aspecto la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la Directiva impugnada se atribuye la facultad de anular libranzas, por la sola circunstancia de no reclamarse después de quince días de haber sido autorizadas. Resulta entonces claro y evidente que la disposición aquí acusada, por lo que dice "para ser anuladas", establece una causal de extinción de la obligación no contemplada en el artículo 1625 del C.C., sin procedimiento autorizado, y asigna a la Caja la función de declarar nulidades, que desde luego no le corresponde.

Prospera el cargo en cuanto debe anularse la expresión que dice "Para ser anuladas".

2o. La disposición contenida en el numeral 4o. del literal a) del numeral 3o. del mismo capítulo III sobre "III EJECUCION", en cuanto establece como requisito para hacer los descuentos y retenciones, "la relación de los socios que han obtenido crédito" de las Cooperativas, y en cuanto establece un límite calendario para recibir dicha relación.

La norma en mención dice:

> "4. Hasta el día 22 de cada mes recibe de los clubes, asociaciones y cooperativas la relación de los socios que han obtenido crédito, y aplica los descuentos que están debidamente documentados".

En este punto dice el actor que la regla acusada viola los artículos 142, 10 y el inciso 2o. del artículo 2o. de la Ley 79 de 1988, porque según la disposición demandada, para efectos de hacer las deducciones y retenciones a que está obligada la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares establece el requisito de presentar una relación de socios para los descuentos y retenciones correspondientes con destino a las Cooperativas y obstaculiza el libre desarrollo del cooperativismo consagrando condiciones no contempladas por la ley para hacer efectivos los descuentos.

El artículo 142 de la Ley 79 de 1988, dice:

> "Toda persona, empresa o entidad pública o privada estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que éstos adeuden a la cooperativa, y que la obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor, quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo.
>
> "Parágrafo. Las personas, empresas o entidades obligadas a retener deben entregar las sumas retenidas a la cooperativa, simultáneamente con el pago que hace al trabajador o pensionado. Si por culpa no lo hicieren, serán responsables ante la cooperativa de su omisión y quedarán solidariamente deudoras ante ésta de las sumas dejadas de retener o entregar, junto con los intereses de la obligación contraída por el deudor".

El artículo 10 de la misma ley, es del siguiente tenor:

> "Las cooperativas prestarán preferencialmente sus servicios al personal asociado. Sin embargo, de acuerdo con sus estatutos podrán extenderlo al público no afiliado, siempre en razón del interés social, o del bienestar colectivo. En tales casos, los excedentes que se obtengan serán llevados a un fondo social no susceptible de repartición".

Y el inciso 2o. del artículo 2o., dice:

"El Estado garantiza el libre desarrollo del cooperativismo, mediante el estímulo, la protección y la vigilancia, sin perjuicios de la autonomía de las organizaciones cooperativas".

No encuentra la Sala la violación de las normas precitadas por parte de la disposición aquí acusada, porque ésta debe entenderse como un mecanismo de orden interno y de organización y funcionamiento de la entidad, referente y aplicable a la relación de socios deudores que han obtenido crédito y a quienes deba aplicarse los descuentos que estén debidamente documentados.

La interpretación anterior encuentra apoyo en lo dispuesto, primero, en el artículo 10o. de la citada ley, según el cual las cooperativas prestan preferencialmente sus servicios al personal asociado; y, segundo, en el artículo 143 cuando establece que para los efectos del artículo anterior, prestará mérito ejecutivo la relación de "asociados deudores".

De otra parte, argumenta el demandante que la violación del artículo 142 de la Ley 79 de 1988, se deduce del oficio No. 3302082 y de la Resolución 727 de 1991, mediante los cuales se devuelve un pagaré a la señora Salazar Vélez Mirtha Gertrudis porque no ha sido enviada la lista de socios beneficiarios de la Caja, lo que indica que la mencionada relación de socios está restringida a los trabajadores y pensionados quienes tengan crédito con la cooperativa y sean sujetos del descuento.

Así las cosas no se ve cómo la regla acusada tenga algo que ver en contra del libre desarrollo del cooperativismo contemplado en el inciso 2o. del artículo 2o. de la Ley 79 de 1988.

No prospera este cargo.

3o. Las disposiciones contenidas en el numeral 2o. del Capítulo IV sobre "DISPOSICIONES GENERALES" en cuanto establece como requisito indispensable para aceptar o recibir las libranzas, "o documentos suscritos por el deudor", de estar autenticados.

La norma acusada dice:

"2. No se aceptan libranzas sin autenticar, o con enmendaduras o errores en su texto.

"10. El beneficiario cuenta con un plazo de 15 días para la autenticación de las libranzas aprobadas. Dicha autenticación debe ir en el mismo documentos (sic) y no en hoja separada".

Al respecto considera el actor que este ordenamiento desconoce el alcance y el tenor del artículo 142 de la Ley 79 de 1988, lo mismo que lo dispuesto en los artículos 625 y 793 del Código de Comercio, pues conforme al primero del código citado, "toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación...", y de acuerdo con el segundo, se otorga validez y credibilidad a la firma sin que se pueda exigir a quien pretende hacer efectiva la obligación cambiaria, que la haga previamente reconocer al suscriptor.

El cargo se hace consistir en que la Ley ha relevado del requisito de autenticación a los títulos valores, requisito que tampoco exige el tantas veces citado artículo 142 de la Ley 79 de 1988.

El artículo 625 del Código de Comercio dice:

> "Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.
>
> "Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega".

Y, el 793 del mismo estatuto, preceptúa:

> "El cobro de un título-valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas".

De las dos normas pretranscritas se deduce que parte esencialísima del título valor, dado su carácter documental es la firma. Tal como se ha dicho, no puede haber documento sin firma; y es ésta el atributo de la eficacia del título-valor junto con su entrega acompañada de la intención de hacerlo negociable.

Ahora, la firma en un título-valor goza de autenticidad, pues tal como lo preceptúa el artículo 793 del C. de Co., el cobro del instrumento da lugar a procedimiento ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firmas; y tal como lo dispone el artículo 252 del C. de P.C., los documentos son auténticos cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

De otro lado, en el caso de autos no se desvirtúa la referida presunción por la facultad que el artículo 649 del C. de Co. le da al creador del título de exigir al trasmisor la autenticación de la firma, porque se trata de algo meramente facultativo, y porque tal prerrogativa se refiere a los títulos nominativos.

Finalmente, si bien es cierto que la presunción de marras tiene otra excepción, precisamente, en tratándose de la firma de los ciegos (art. 828 del C. de Co.), no es este el caso allí previsto.

Las apreciaciones anteriores conducen a concluír que el cargo tiene vocación de prosperidad, pues la norma respecto a la cual se hace, establece un requisito (autenticación de firma) no contemplado en la ley para los títulos valores.

4o. La disposición contenida en el numeral 3o. del Capítulo IV, que dice:

> "Los descuentos deben producirse dentro de los 60 días siguientes a la aprobación de la solicitud".

Por este aspecto la demandante estima que se infringe, en forma directa y por falta de aplicación, el artículo 143 de la Ley 79 de 1988, que reza:

"Para los efectos del artículo anterior, prestará mérito ejecutivo la relación de asociados deudores, con la prueba de haber sido entregada para el descuento con antelación de por lo menos diez (10) días hábiles".

Aunque el actor no lo cita, el artículo anterior, el 142, trata de la obligación de toda persona, empresa o entidad pública o privada de deducir o retener las sumas que los trabajadores o pensionados adeuden a la cooperativa.

Respecto a este tópico no encuentra la Sala violación alguna, pues la norma que se considera transgredida, esto es el artículo 143 de la Ley 79 de 1988, en concordancia con el 142 *ibídem*, dispone que para deducir o retener lo adeudado la relación de asociados deudores presta mérito ejecutivo si ha sido entregada para el descuento con antelación de por lo menos diez (10) días hábiles; la disposición acusada estipula que "los descuentos deben producirse dentro de los 60 días siguientes a la aprobación de la solicitud". Las normas de la Ley 79 de 1988 tienen en cuenta la relación de asociados deudores para otorgarle mérito ejecutivo para efectos de retener y deducir en caso de un proceso de ejecución; en cambio la regla acusada se refiere al plazo en que deben producirse los descuentos en relación con la aprobación de la solicitud de ingreso.

No prospera entonces este cargo.

5o. La disposición contenida en el numeral 7 del Capítulo IV, que dice:

"7. El beneficiario podrá comprometer hasta el 50% de su asignación descontados los siguientes rubros:

"Timbres.

"Ley 33 de 1985.

"Retención en la fuente.

"Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (5%).

"Caja de Vivienda Militar (7%)".

Se estima en la demanda que la precitada norma viola abiertamente el artículo 142 de la Ley 79 de 1988, en forma directa y por falta de aplicación, en cuanto desconoce la previsión legal que permite y obliga a la Entidad retenedora a "deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados".

La disposición anterior, fácil es deducirlo, ordena limitar al 50% los descuentos permisibles por concepto de libranzas de cooperativas, a tiempo que el multicitado artículo 142 de la Ley 79 de 1988 impone la obligación de retener y deducir de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que éstos adeuden a la Cooperativa, y que la obligación conste en libranza, títulos valores o cualquier otro documento suscrito por el deudor.

En las condiciones anteriores, el cargo prospera.

6o. La norma contenida en el numeral 13 del Capítulo IV la cual dictamina que "los códigos de descuentos podrán suspenderse temporalmente por períodos de

seis meses o cancelarse en forma definitiva por las causales señaladas en el anexo H de la Directiva Permanente No. 017 MDSDJ 029".

El anexo H atrás mencionado señala las siguientes causales de suspensión de un código asignado:

> "1. Retardo de dos (2) meses en la actualización de la documentación.
>
> "2. El bajo o ningún movimiento de la cartera durante seis (6) meses consecutivos.
>
> "3. Las reclamaciones presentadas por escrito debidamente justificadas hasta por tres ocasiones, por parte de los usuarios.
>
> "4. Conocimiento del incumplimiento del objeto social para el cual fueron creadas.
>
> "5. Comprobación de adjudicación de dos (2) o más créditos a una misma persona, o ampliación de créditos en un misma libranza sin previa autorización.
>
> "6. Por actuaciones dudosas, mala fé o engaño contra el Ministerio de Defensa Nacional, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares o alguno de los usuarios.
>
> "7. Comprobación de que quien figura como Representante Legal de la Entidad no sea la misma persona que aparece registrada en la Cámara de Comercio o en el Departamento Nacional de Cooperativas o Superintendencia Bancaria.
>
> "8. Comprobación de entrega de mercancías al personal de usuarios por el sistema de libranza, sin la aprobación y firma de dichas libranzas".

En este punto también se cita como violado el artículo 142 de la Ley 79 de 1988, porque según la demandante, mediante la disposición acusada, "la Caja se abroga la facultad de suspender o cancelar los 'códigos de descuentos' a las cooperativas, esto es, la facultad de hacer las retenciones y deducciones que por mandato de la norma vulnerada está obligada a realizar, sin que la Ley le permita, como Entidad Pública retenedora que es, liberarse siquiera temporalmente y, menos aún, definitivamente, de dicha obligación".

Al respecto se observa que como ya se ha consignado el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 impone a "toda persona, empresa o entidad pública o privada" la obligación de deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que éstos adeuden a las cooperativas. Constituye lo anterior un derecho de las cooperativas que solamente puede ser limitado en forma total o parcial por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, cuando hagan uso indebido de tales derechos, a la luz de lo preceptuado en el artículo 145 de la misma Ley 79 de 1988, que dice:

> "El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas podrá limitar en forma total o parcial, el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 142 de la presente Ley, a las cooperativas que hagan uso indebido de éstos, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar".

Por lo anterior, el cargo prospera.

7o. La disposición del numeral 14 del Capítulo IV, en lo que respecta a la prohibición de hacer "descuentos a favor de dos o más cooperativas" o de hacer "más de un descuento con destino a la misma entidad".

La norma acusada es del siguiente tenor:

> "No se harán descuentos a favor de dos o más cooperativas, ni a favor de dos o más Bancos, ni más de un descuento con destino a la misma Entidad...".

Al respecto aduce la actora que se infringe el artículo 142 de la Ley 79 de 1988 "que obliga, como se ha dicho reiteradamente, a la Caja a 'deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus ...pensionados, las sumas que éstos adeuden a la Cooperativa...', sin establecer distingo alguno que permita relevar a la obligada del mandato legal de realizar las deducciones y retenciones".

En relación con este aspecto deben tenerse en cuenta que la legislación cooperativa, actualizada mediante la Ley 79 de 1988, no contempla la restricción de pertenecer a dos o más cooperativas que persigan fines idénticos, como sí lo establecía el derogado Decreto Ley 1598 de 1963. De tal manera que el derecho que el artículo 142 de la Ley 79 le confiere a las cooperativas para recibir los descuentos que deben hacerse a sus deudores opera sin restricción alguna y frente a cualquier cantidad que éstos devenguen.

El cargo prospera.

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

FALLA:

1o. DECLARANSE NULAS las siguientes disposiciones contenidas en la Directiva Permanente No. 17741 de 13 de agosto de 1990, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

a) Numeral 4, literal a) punto 2, Capítulo III, la expresión "Para ser anuladas".

b) Numeral 2, Capítulo IV:

"No se aceptan libranzas sin autenticar".

c) Numeral 7, Capítulo IV:

"El beneficiario podrá comprometer hasta el 50% de su asignación descontados los siguientes rubros:

"Timbres

"Ley 33 de 1985

"Retención en la fuente

"Caja de Retiro de las FF. MM. (5%)

"Caja de Vivienda Militar (7%)".

d) Numeral 13, Capítulo IV:

"Los códigos de descuentos podrán suspenderse temporalmente por períodos de 6 meses o cancelarse en forma definitiva por las causales señaladas en el anexo H de la Directiva Permanente No. 017 MDSDJ 029".

e) Numeral 14, Capítulo IV:

"No se harán descuentos a favor de dos o más Cooperativas, ni más de un descuento con destino a la misma Entidad".

2o. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

3o. DEVUELVASE al actor el depósito efectuado para gastos ordinarios del proceso, por cuanto no fue utilizado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 22 de octubre de 1992.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

REGISTRO DE MARCA/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

El Consejo de Estado es competente para estudiar la legalidad de los actos de la administración, trátese bien sea de actos resultantes de la petición del interesado en la instancia administrativa, a través de la cual la entidad puede acceder o no a cancelar el registro marcario, o de actos que no fueron controvertidos en dicha instancia en donde se concedió el registro de la marca, por haber optado el particular por acudir directamente a la instancia jurisdiccional.
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 002447 de 4 de abril de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

REGISTRO DE MARCA/PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO

Las marcas no son susceptibles de apropiación por el modo de la prescripción, pues la concesión del registro marcario no confiere derechos definitivos sobre la marca, sino que tan solo permite el uso. Además no es dable hablar de prescripción adquisitiva o extintiva de dominio sobre una marca, cuando la titularidad de la misma no depende de la voluntad del particular sino de un acto de la administración: conceder o no el registro marcario.

ACCION DE NULIDAD ESPECIAL/CADUCIDAD/REGISTRO DE MARCA

La acción consagrada en el artículo 586 del C. de Co. es una acción pública especial que la puede promover cualquier persona; incluso el agraviado con el acto jurídico acusado, y en donde por excepción a la regla general de que la acción de nulidad no caduca, tiene un término exhaustivo para su ejercicio de cinco años contados a partir del registro de la marca cuya cancelación se solicita. En materia de propiedad industrial, el acto administrativo que concede el registro de una marca no es un simple acto jurídico de carácter particular que afecte únicamente a quienes intervinieron en la actuación administrativa, sino que es *"sui generis"*, de contenido dual, pues de un lado confiere al particular solicitante de la marca el uso sobre ella, y por otro lado, impide a toda la comunidad utilizarla para distinguir iguales o similares productos.

REGISTRO DE MARCA/VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/**CONTROL JURISDICCIONAL**

Como se trata de dos instancias diferentes, independientes entre sí, el hecho de que en la instancia administrativa se hubiera intentado obtener la cancelación - del registro de marca; ello no obsta para que se pueda acudir a la instancia jurisdiccional, pues al interesado no se le puede imponer la obligación de esperar la decisión administrativa para demandar luego de la jurisdicción contenciosa su nulidad, ya que esto equivaldría, eventualmente, a exigirle que deba correr el riesgo de que caduque su acción. El agotamiento de la vía gubernativa ha de entenderse siempre circunscrito a la interposición de los recursos, y, en este caso, ellos no son requisito sine qua non para la procedibilidad de la acción, por tratarse de una acción de nulidad que puede ser instaurada por cualquier persona y respecto de la cual la ley ha exonerado la interposición de tales medios de impugnación.

DEMANDA-Interpretación/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/REGISTRO DE MARCA/DERECHO COMUNITARIO**

El ejercicio de la acción del artículo 596 del C. de Co. se enmarca dentro de las causales de irregistrabilidad contenidas en los artículos 585 y 586 *ibídem*. Dichas disposiciones fueron sustituidas por los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y mientras subsistan las normas comunitarias se aplican éstas. Sin embargo, como quiera que tales normas conservan la misma esencialidad de las marcas, interpretando la demanda, lo cual es deber de juzgador para garantizar la prevalencia del derecho sustancial, será a la luz de los artículos de la Decisión 85 que habrán de estudiarse las súplicas del libelo demandatorio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Ref.: Expediente No. 1702. Acción de nulidad contra la Resolución No. 002447 de 4 de abril de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: S*ociedad Industrias Alimenticias Noel S.A.*

La **SOCIEDAD INDUSTRIAS ALIMENTICIAS NOEL S.A.,** por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del C. de Co., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad frente a la Resolución No. 002447 de 4 de abril de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se concedió el registro de la marca MENU, sin distintivos especiales, para amparar productos en la clase 29 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972, a favor de la Compañía Productos Respín Ltda, S.C.A., hoy, Panamericana de Alimentos S.A. "Panal", y que como consecuencia, se ordene a la citada entidad, la cancelación del certificado de registro No. 112.337 de 4 de abril de 1986, y el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A. (folios 58 y 59 cuaderno No. 1).

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita el apoderado de la demandante como vulnerados con el acto acusado, los numerales 2o., 3o., 4o., y 5o. del artículo 586 del C. de Co.

Hace consistir el concepto de la violación así:

1. El numeral 2o. del artículo 586 del C. de Co. fue violado por cuanto la marca MENU es semejante a la marca ZENU, como quiera que contiene tres de las cuatro letras que componen la expresión ZENU, encontrándose las letras comunes exactamente en el mismo orden.

Además, las palabras ZENU y MENU están compuestas por dos sílabas que tienen idéntica pronunciación fonética, lo que hace que se presente entre las dos una semejanza gráfica y ortográfica, fonética o prosódica y visual, que induce al público fácilmente a error.

2. Se quebrantó el numeral 3o. del citado artículo 586, teniendo en cuenta que, como ya se dijo, la marca MENU es semejante al nombre comercial ZENU, y partiendo de tal semejanza el público puede ser inducido fácilmente a error. Además, el nombre comercial ZENU fue utilizado en Colombia por un tercero con anterioridad a la solicitud de la marca MENU, y la actividad para la cual se utiliza la marca MENU es la misma a la que se destina el nombre comercial ZENU.

3. Se transgredió el numeral 4o. *ibídem*, dado que de acuerdo con las mencionadas semejanzas, la marca MENU constituye una reproducción casi total o transliteración de la marca y nombre comercial ZENU, perteneciendo estos a un tercero distinto del solicitante del registro de marca MENU.

4. Se vulneró el artículo 586 numeral 5o. del C. de Co., por cuanto el público consumidor al encontrar en el mercado común, productos de la misma clase o similares, distinguidos con las marcas ZENU y MENU, se confunde fácilmente al adquirir un producto identificado con la marca MENU, lo hace con la convicción errónea de que está adquiriendo uno de la marca ZENU, la cual es notoriamente conocida.

Teniendo en cuenta que el numeral 5o. citado prevé la prohibición de registrar marcas que sean contrarias a las reglas sobre competencia desleal de que tratan los numerales 1o. y 4o. del artículo 75 ibídem, al registrarse la marca MENU se está permitiendo que esta práctica se presente pues se crea confusión con un competidor, su establecimiento de comercio y sus productos, lo que genera la desviación de la clientela.

II. ACTUACION

Mediante proveído de 25 de junio de 1991, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado del mismo a la Nación —Superintendencia de Industria y Comercio—, así como a la sociedad PANAMERICANA DE ALIMENTOS S.A. "PANAL".

La Nación —SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO—, guardó silencio.

La sociedad PANAMERICANA DE ALIMENTOS S.A. "PANAL", por conducto de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y para enervar la acción del demandante, formuló las siguientes excepciones:

1. FALTA DE JURISDICCION

El Consejo de Estado sólo tiene jurisdicción para conocer de las demandas de cancelación de los registros de marcas que se hicieron desde el 2 de enero de 1971, fecha en que entró a regir el Código de Comercio, hasta el 25 de junio de 1978, fecha en que comenzó a regir la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena. Teniendo en cuenta que el registro de la marca MENU fue concedido con posterioridad al 25 de junio de 1978, de acuerdo con la ley la jurisdicción para conocer de la cancelación de dicho registro no la tiene el Consejo de Estado.

Si la cancelación se basa en la violación de normas sobre competencia desleal, según el artículo 76 del C. de Co., la controversia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

2. PRESCRIPCION

La marca MENU es un bien mueble y como tal, posible de ganar por prescripción.

Habiéndose adquirido la marca MENU por el registro de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el transcurso de tres años a partir de dicho registro, unido al uso de la marca registrada, es suficiente para consolidar el derecho y hacerlo inatacable por terceros.

También opera la prescripción extintiva, dado que la demanda se presentó faltando un día para que se cumplieran los cinco años que consagraba la norma del artículo 596 del C. de Co., que no está vigente, por lo cual ya habían transcurrido más de tres años que extinguen los derechos de la sociedad demandante.

3. CADUCIDAD DE LA ACCION

Como quiera que de accederse a la nulidad se produciría automáticamente un restablecimiento del derecho de la sociedad demandante, la acción pertinente era la de nulidad y restablecimiento del derecho que prescribe en cuatro meses contados a partir de la fecha de la notificación del acto que concedió el registro de la marca.

4. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA:

La sociedad actora solicitó ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio la cancelación del registro de la marca MENU, petición que no ha sido resuelta por lo cual no es procedente adelantar la acción contenciosa administrativa, a menos que se invoque el silencio administrativo, lo que no se hizo en este proceso.

III. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Corresponde en primer término a la Sala referirse a las excepciones propuestas por la demandada, como quiera que de prosperar alguna de ellas se impediría hacer un pronunciamiento de fondo en este proceso.

1. En lo tocante a la excepción de falta de jurisdicción, como ya tuvo oportunidad de expresarlo esta Corporación en providencia de 21 de mayo de 1992, expediente 1072, con ponencia del suscrito Consejero, el artículo 596 del C. de Co. se halla vigente, y según su texto:

> "El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. DE ESTA ACCION CONOCERA EL CONSEJO DE ESTADO". (se resalta por la Sala).

De acuerdo con el contenido de la norma transcrita se puede concluir que no asiste razón a la demandada cuando afirma que con la expedición de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el conocimiento de esta acción le fue sustraído al Consejo de Estado, pues el artículo 76 de la citada Decisión prevé una instancia administrativa para que la Oficina Nacional Competente, que en el caso de nuestro país lo es la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, pueda corregir los yerros en que incurrió al conceder un registro marcario, sin que ello signifique, en manera alguna, que la acción estatuída en el artículo 596, que constituye la instancia jurisdiccional y le asigna al Consejo de Estado tal competencia, haya desaparecido. En otras palabras, el Consejo de Estado es competente para estudiar la legalidad de los actos de la administración, trátese bien sea de actos resultantes de la petición del interesado en la instancia administrativa, a través de la cual la entidad puede acceder o no a cancelar el registro marcario, o de actos que no fueron controvertidos en dicha instancia en donde se concedió el registro de la marca, por haber optado el particular por acudir directamente a la instancia jurisdiccional.

De otra parte, no es cierto que la cancelación que aquí se solicita, se fundamente en la violación de normas sobre competencia desleal y por lo mismo el asunto corresponda a la jurisdicción ordinaria, pues en el concepto de la violación indicado por la actora, claramente se infiere que frente al quebranto del artículo 586 numeral 5o. del C. de Co., tan solo se hace una referencia al márgen en el sentido de afirmar que en la práctica sí se accede a registrar una marca que induce al público en error, ello conlleva a permitir que se cree confusión con un competidor, lo que genera desviación de la clientela y competencia desleal. Pero dicha referencia no constituye el soporte del cargo, ya que éste descansa sobre la violación de la norma indicada inicialmente, norma ésta a la que se hizo mención en el capítulo referente a disposiciones violadas por el acto acusado, al lado de los numerales 2o., 3o., y 4o. *ibídem*. Por lo demás, lo que se pretende con las causales de irregistrabilidad de las marcas consagradas tanto en el estatuto comercial como en las normas comunitarias, entre otras cosas, es proteger a los titulares de las mismas de la competencia desleal y ello no conduce a aseverar que las controversias que se planteen en este campo sean del conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

2. En lo que respecta a la excepción de prescripción, la Sala se remite a lo analizado en la providencia de 21 de mayo de 1992 referida *ab initio* de estas consideraciones, en la cual se dijo que las marcas no son susceptibles de apropiación por el modo de la prescripción, pues la concesión del registro marcario no confiere derechos definitivos sobre la marca, sino que tan solo permite el USO, según se deduce del contenido de los artículos 74 de la Decisión 85 y 94 de la Decisión 313 del Acuerdo de Cartagena.

Además, no es dable hablar de prescripción adquisitiva o extintiva de dominio sobre una marca, cuando la titularidad de la misma no depende de la voluntad del particular sino de un acto de la administración: conceder o no el registro marcario.

De otra parte, si fuera cierto que con el uso de una marca por un lapso de tres años se configurara una prescripción adquisitiva de dominio en favor de su titular y correlativamente una prescripción extintiva para el tercero que pretende atacarla, cómo se explica que se pueda cancelar el registro de una marca por su no uso durante un lapso de cinco años?

3. En lo que guarda relación con la excepción de caducidad de la acción, tanto en la citada providencia de 21 de mayo de 1992, así como en la sentencia de 8 de junio de 1990, expediente 523, ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, la Sala reiteradamente ha manifestado que la acción consagrada en el artículo 596 del C. de Co. es una acción pública especial que la puede promover cualquier persona, incluso el agraviado con el acto jurídico acusado, y en donde por excepción a la regla general de que la acción de nulidad no caduca, tiene un término exhaustivo para su ejercicio de cinco años contados a partir del registro de la marca cuya cancelación se solicita.

En materia de propiedad industrial, el acto administrativo que concede el registro de una marca no es un simple acto jurídico de carácter particular que afecte únicamente a quienes intervinieron en la actuación administrativa, sino que es sui generis, de contenido dual, pues de un lado confiere al particular solicitante de la marca el uso sobre ella, y, por otro lado, impide a toda la comunidad utilizarla para distinguir iguales o similares productos, por lo que el legislador nacional e incluso el comunitario ha querido, en cuanto a la acción y término para su ejercicio, dar de manera especial la titularidad a cualquier persona y un término de caducidad especial de cinco años, preséntese o no como consecuencia de la nulidad del acto un restablecimiento automático de un derecho o situación jurídica individual, como resultado del restablecimiento del orden jurídico objetivo.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que como bien lo afirma la opositora, la acción se instauró un día antes de que venciera el término de cinco años previsto en el artículo 596 del C. de Co., que como ya se dijo está vigente, no operó el fenómeno de la caducidad y por ende la excepción planteada no prospera.

4. En lo que atañe a la falta de agotamiento de la vía gubernativa, tampoco está llamada a prosperar dicha excepción, pues el artículo 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, consagra la potestad para el particular de acudir ante la propia administración a fin de obtener la cancelación del registro marcario, y ello no excluye la posibilidad de que éste pueda ocurrir ante la jurisdicción contenciosa en ejercicio de la acción estatuída en el artículo 596 del C. de Co., ya sea impugnando el acto que le negó la cancelación del registro marcario o directamente el acto que concedió tal registro, pidiendo su cancelación, eventos estos en los cuales siempre ha de tenerse en cuenta el término de cinco años contados a partir del registro de la marca cuya cancelación se solicita.

De tal manera que, como se trata de dos instancias diferentes, independientes entre sí, el hecho de que en la instancia administrativa se hubiera intentado obtener la cancelación, ello no obsta para que se pueda acudir a la instancia jurisdiccional, pues al interesado no se le puede imponer la obligación de esperar la decisión administrativa para demandar luego de la jurisdicción contenciosa su nulidad, ya que esto equivaldría, eventualmente, a exigirle que deba correr el riesgo de que caduque su acción.

De otra parte, el agotamiento de la vía gubernativa ha de entenderse siempre circunscrito a la interposición de los recursos, y, en este caso, ellos no son requisito *sine qua non* para la procedibilidad de la acción, por tratarse ante todo de una acción de nulidad que puede ser instaurada por cualquier persona y respecto de la cual la ley ha exonerado la interposición de tales medios de impugnación.

Frente a los cargos endilgados por la actora contra el acto acusado, conviene hacer las siguientes precisiones:

1. El ejercicio de la acción contemplada en el artículo 596 del C. de Co., se enmarca dentro de las causales de irregistrabilidad contenidas en los artículos 585 y 586 ibídem.

2. Dichas disposiciones fueron sustituídas por los artículos 56 y 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y mientras subsistan las normas comunitarias se aplican éstas. Sin embargo, como quiera que tales normas conservan la misma esencia de las contenidas en el estatuto comercial en relación con las causales de irregistrabilidad de las marcas, interpretando la demanda, lo cual es deber del juzgador para garantizar la prevalencia del derecho sustancial, será a la luz de los artículos de la Decisión 85 que habrán de estudiarse las súplicas del libelo demandatorio.

De los cargos aducidos por el actor, se deduce que el punto central de la controversia gira en torno a la semejanza que existe entre las marcas ZENU y MENU.

Para dilucidar este aspecto, se decretó la práctica de un dictamen pericial, en el cual los expertos en propiedad industrial manifestaron (folios 240 a 243 y 253 cuaderno No. 1):

1. Desde el punto de vista gráfico, existe una evidente semejanza entre las dos expresiones, pues en efecto se trata de dos palabras compuestas por dos sílabas (ME NU y ZE NU), en donde la sílaba NU es idéntica en las dos expresiones, radicando la única diferencia en que la consonante inicial en la expresión MENU es una M, al paso que la de la expresión ZENU es una Z, y, concluyendo que de cuatro letras que componen las dos expresiones, tres de ellas, las finales, son idénticas.

2. Desde el punto de vista fonético, el parecido es muy grande y puede decirse que existe una identidad entre las dos expresiones, así que la leve diferencia gráfica de la primera sílaba se pierde en su pronunciación o expresión oral, llegándose a la conclusión de que la pronunciación resulta casi idéntica, o que al oído suenen muy iguales.

3. Desde el punto de vista ideológico, por el contrario, las marcas expresan ideas distintas. La palabra MENU, pertenece al idioma francés e indica el catálogo de platos que ofrece un restaurante o lugar donde se expenden comidas. En cambio la palabra ZENU, que tampoco pertenece al idioma castellano hace referencia al nombre de una tribu indígena que se llama precisamente ZENU.

Que sin embargo esta diferenciación conceptual se desvanece si se tiene en cuenta el aspecto funcional de las marcas, es decir los artículos o productos a los cuales se destinan y el público consumidor que tiene acceso o pretende adquirir esos productos, público éste que posee apenas una mediana cultura y que bien puede ignorar la significación del contenido ideológico de estas expresiones.

4. Que en conclusión "las dos marcas MENU y ZENU, tienen más semejanzas que elementos que sirvan para diferenciarlas y que estos no son tan numerosos como para hacerlos suficientemente distintivos en relación con los productos para los cuales se emplean".

El anterior dictamen fue solicitado aclarar por el apoderado de la opositora, en el sentido de si en el evento de que la palabra MENU perteneciera al idioma español, la diferencia entre esta y ZENU que no pertenece a dicho idioma, tuviera relevancia desde el punto de vista de quienes van a adquirir el producto.

Al respecto los peritos manifestaron que por estar destinados los productos a la alimentación, se expenden a un público heterogéneo para el cual la marca no es un factor determinante en su adquisición sino que por lo general se inclinan por otros factores, además que se trata de una mera hipótesis, ya que la expresión MENU no pertenece a nuestro idioma.

Teniendo en cuenta que el dictamen no fue objetado y sus fundamentaciones son el resultado de un análisis profundo que ofrece claridad y precisión frente al objeto de la controversia, para la Sala presta mérito probatorio suficiente que le permite acogerlo, y dado que conforme al artículo 58 literal f) de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, que conserva la misma finalidad y espíritu de la norma contenida en el numeral 1o. del artículo 586 del C. de Co., y consagra como causal de irregistrabilidad de las marcas "las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero...", ha de concluírse que la Resolución acusada quebrantó la disposición en cita, como quiera que según obra a folio 7 del cuaderno No. 1, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, renovó, en favor de la demandante, el registro de la marca ZENU, para la vigencia comprendida entre el 10 de septiembre de 1983 al 10 de septiembre de 1988, lo que hace que, con anterioridad al registro de la marca MENU, se encontrara registrada en favor de un tercero la marca ZENU, que, como quedó demostrado, guarda semejanza con aquella y por lo mismo se tornan confundibles.

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 Resolución No. 002447 de 4 de abril de 1986, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2o. **ORDENASE** a la citada entidad la cancelación del registro de marca No. 112.337.

3o. **ORDENASE** la publicación de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

4o. La Superintendencia de Industria y Comercio adoptará las medidas pertinentes para dar cumplimiento a la presente sentencia, dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

5o. **RECONOCESE** personería al abogado PEDRO RODOLFO DIAZ ACERO, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución que obra a folio 264 del cuaderno No. 1.

6o. **DEVUELVANSE** los dineros depositados para gastos del proceso y que según informe secretarial que antecede no fueron 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 seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

PODER DE POLICIA/CONCEJO MUNICIPAL- Atribuciones/**PODER SUPLETORIO DE POLICIA/ALCALDE-Atribuciones/REGLAMENTO DE POLICIA/JUEGOS PERMITIDOS/JUEGOS PROHIBIDOS**

El ejercicio del poder de policía, "como competencia jurídica asignada", puede ser ejercido, exclusivamente, por quienes tienen origen representativo, lo cual implica que, en el ámbito territorial de los municipios, éste reposa, de manera supletoria, en cabeza de los concejos municipales. A los alcaldes municipales también se encuentra atribuída dicha competencia supletoria para expedir dichos reglamentos, en la medida en que mediante ellos se regulen únicamente materias policivas, mas nunca para dictar reglamentaciones en asuntos penales, contravencionales o disciplinarios. Si bien los alcaldes pueden dictar, en ciertos casos, reglamentaciones de policía, tal facultad no implica el que puedan prohibir por simple vía enunciativa juegos que según ordenanzas departamentales y acuerdos municipales se consideran por regla como permitidos.

DECLARASE LA NULIDAD de las siguientes frases contenidas en el inciso segundo del artículo 1o. del Decreto No. 245 de 21 de septiembre de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Municipio de Armenia, Departamento del Quindío: "Son ejemplo de estos juegos los de : Super Poker, Bally, Bally Continental, Lucky Player, Las Vegas, Baby Fruits, Baby Colombia y Bonus 21. Estos juegos, relacionados por vía de ejemplo, y los similares, se tienen como juegos de azar".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

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

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Ref.: Expediente No. 1831. Actor: Juan Bernardo Paredes Usquiano.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 28 de junio de 1991.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano y abogado Juan Bernardo Paredes Usquiano, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad del Decreto 245 de 21 de septiembre de 1990, emanado de la Alcaldía Municipal de Armenia.

b.- El acto acusado

Lo es el mencionado decreto, en su totalidad, el cual consta de siete (7) artículos y "Por medio del cual se reglamentan los juegos electrónicos de pensar" (fls. 9 a 12 del cdno. No. 1).

c.- Los hechos de la demanda

El actor consigna en este acápite que el Gobierno Municipal por intermedio del Alcalde de Armenia, con el propósito de reglamentar los juegos electrónicos de pensar, expidió el decreto acusado (fl. 1 del cdno. No. 1).

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 1 a 4 del cdno. No. 1):

Artículos 14, 16, 20, 32, 55, 197 y 201 de la Constitución Política de 1886; 62-18 del Decreto-Ley 1222 de 1986; 130 y 132-1o. del Decreto-Ley 1333 de 1986; 1o., 9o., 13, 96 y 108 del Decreto-Ley 1355 de 1970; 1o. del Decreto 028 de 1906, y 17 del Decreto 1986 de 1927.

Según el actor, el acto acusado es violatorio de las normas enunciadas por cuanto, sin competencia legal, de manera arbitraria y carente de motivación, ha desconocido derechos preexistentes protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

El Alcalde de Armenia determinó reglamentar los juegos electrónicos de pensar, atribuyéndose facultades que, de conformidad con el articulo 62-18 del Decreto 1222 de 1986, sólo pertenecen a las Asambleas Departamentales, extralimitándose así en el ejercicio de sus funciones.

Mediante el decreto demandado se modificó la clasificación de los juegos, haciendo que juegos catalogados con anterioridad como de suerte y habilidad, sin fundamento técnico ni jurídico, sean convertidos en juegos de suerte y azar, prohibidos en el territorio municipal, conforme a normas de este nivel así como departamentales y nacionales. Existen claros antecedentes normativos como el Decreto 028 de 1906 y el Decreto 1986 de 1927 que prohibieron en el territorio nacional los juegos de suerte y azar, teniendo por tales aquellos en los cuales la ganancia o el resultado depende exclusivamente de la suerte o el azar, sin que los jugadores, mediante su habilidad y de buena fe, puedan inclinar la fortuna favorablemente.

A través de distintos Códigos de Policía Departamentales, como también del Código de Policía de Bogotá, los juegos electrónicos de recreación se encuentran permitidos, habiendo sido general y reiteradamente clasificados como subespecies del género "Juegos Electrónicos", o en otros casos, como especies de los géneros "Juegos de suerte y habilidad" o "Juegos de destreza y habilidad"

El decreto demandado viola los preceptos constitucionales y legales protectores de la libertad de empresa e industria y pasa de largo frente a la obligación que tienen las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes.

Además, no cumple con la exigencia constitucional y legal de la motivación en cuanto al "buen servicio" para el logro de los fines del Estado, configurándose en él una desviación de poder.

No es claro en dicho estatuto su finalidad dirigida a la adecuada prestación del servicio. Al contrario, ha restringido a tal punto la actividad de los juegos electrónicos, que la ha convertido en exclusiva de menores de edad, coartando la libertad de locomoción y la presunción de capacidad jurídica para los ciudadanos mayores de dieciocho años de edad, contraviniendo los literales b) y d) del artículo 13 del Código Nacional de Policía.

e) Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa en síntesis los siguientes argumentos (fls. 1 a 4 Cdno. No.2):

El único propósito del Alcalde al proferir el acto acusado fue el de ejecutar y hacer cumplir las normas generales contenidas en el Decreto 035 de 12 febrero de 1987 - Código de Policía de Armenia-, relativas a los juegos, aplicándolas al caso concreto de los "juegos electrónicos".

La finalidad del Decreto 245 de 1990 corresponde al desarrollo de las funciones administrativas y policivas que corresponden al Alcalde como Jefe de la Administración Municipal, en orden a la prestación de un buen servicio y conservación del orden público, sin que ninguna de sus disposiciones esté invadiendo competencias atribuídas a otras autoridades.

El artículo 93-3 del Decreto 1333 de 1986 confirió a los Concejos el poder de policía en el municipio, aunque sometido a normas superiores, poder que confirma el Código Nacional de Policía, considerando que en defecto de la ley, decreto nacional u ordenanza, podían reglamentar el ejercicio de la libertad.

Dado el carácter general del Decreto 1355 de 1970, el Alcalde al ejecutarlo y aplicarlo al caso de los juegos electrónicos, tuvo que adoptar criterios de precisión y diferenciación en relación con el concepto de "AZAR", para establecer cuáles eran los prohibidos y cuáles los permitidos, conforme al artículo 17 del Decreto Nacional 1986 de 1927.

Finalmente, dice la demandada el artículo 62 del Decreto 1222 de 1986 en su numeral 18, señala como una de las atribuciones de las Asambleas "Reglamentar y gravar los juegos permitidos", pero esa competencia no se puede interpretar como exclusiva, porque ella no consagra la prohibición de que dicha función sea ejercitada por otra autoridad, como sí dispone el artículo 193 ibídem con relación específica al juego de lotería, y, además, con fundamento en el artículo 9o. del Decreto 1355 de 1970, según el cual los alcaldes pueden dictar reglamentos cuando las disposiciones de las Asambleas sobre policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, con la limitación que la misma norma contiene.

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso de le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante auto de 20 de noviembre de 1990 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del artículo 1o. del decreto impugnado (fls. 19 a 23 del Cdno. No. 5), decisión que, apelada por la demandada fue revocada mediante providencia de esta Sala, proferida el 21 de febrero de 1991 (fls. 45 a 50 del Cdno. No. 5).

Por auto de 23 de enero de 1991 se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fl. 1 de los Cdnos. Nos. 3 y 4).

Mediante proveído de 18 de marzo de 1991, el *a-quo* corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al agente fiscal para que expresara su vista reglamentaria, quien la emitió solicitando denegar la súplica de la demanda. Aquellas no hicieron uso del traslado (fls. 47 y 49 a 53 del Cdno. No. 1).

Durante el traslado para alegar de conclusión en la segunda instancia el abogado Ricardo Augusto Ramírez Ospina pidió se le tuviera como COADYUVANTE del actor (fls. 45 a 52 del Cdno. No. 6), y por auto de 20 de marzo de 1992 (fls. 61 a 63 del mismo cuaderno) se le tuvo como tal.

En el trámite de la segunda instancia, y por auto de 31 de julio de 1992, se decretaron algunas pruebas de oficio, las cuales practicadas como fueron, obran dentro del proceso. (fls. 65 a 68 Cdno. No. 6).

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. 55 a 59 del Cdno. No. 1):

Advirtió inicialmente que sólo estudiaría las normas que el actor estimaba transgredidas y comentara de manera general, dejando de lado las demás disposiciones señaladas como violadas por no referirse a ellas en el concepto de violación, por lo cual excluía de su análisis los artículos 16 y 32 de la Constitución Nacional y 108 del Código Nacional de Policía.

Entró luego el *a-quo* en el examen correspondiente, así:

Aunque el artículo 62, numeral 18, del Decreto 1222 de 1986 señala como función de las Asambleas Departamentales la reglamentación de los juegos permitidos, entre los cuales se encuentran los electrónicos de pensar, no significa ello que esa reglamentación esté prohibida a los Concejos Municipales ni a los Alcaldes. Es más, a aquellos les está permitido arreglar lo relativo a la policía, razón por la cual el Concejo de Armenia autorizó al Alcalde de esta ciudad para dictar el Código de Policía Municipal-Decreto 035 de 1987, dentro del cual se halla un capítulo especial en el que se reglamentan los juegos, clasificándolos en permitidos y prohibidos, aspecto que para facilitar su aplicación, el Alcalde, a través del decreto demandado, particularizó indicando cuáles juegos electrónicos son de pensar y cuáles de azar, sin que por ello se considere transgredida la citada norma.

Con relación a la presunta violación del artículo 1o. del Decreto 028 de 1906 que establece que "son prohibidos en todo el territorio de la República, los juegos de suerte y azar", y del artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 que establece qué clase de juegos se consideran como prohibidos, expresa el Tribunal que tampoco se observa violación alguna de estas normas, pues la definición de juegos electrónicos de azar no se separa de modo alguno de la definición legal de lo que son juegos prohibidos, y lo que hizo el Alcalde de Armenia fue tomar esa norma legal, general y abstracta, y concretarla a un caso particular para los juegos electrónicos, especificando cuáles son de azar, sin desconocer la definición que sobre juegos prohibidos ya existía.

Respecto a la violación que se le endilga al artículo 96 del Decreto 1355 de 1970 que reza: "No se necesita permiso de autoridad competente para transitar dentro del territorio nacional", el *a-quo* expresa que en parte alguna del acto acusado se observa que se exija permiso especial para transitar por el territorio de la República. Lo que se establece en su artículo 4o. es una prohibición para que personas mayores de edad ingresen a los salones de juegos electrónicos donde hay menores, a los que podrían perjudicar.

En cuanto a los artículos 14 y 20 de la Constitución Nacional, se expresa en el fallo apelado que dichos preceptos sólo son susceptibles de violación indirecta, por lo que tampoco se da su quebrantamiento.

Concluye el *a-quo* diciendo que el Alcalde de Armenia sí se hallaba facultado para reglamentar los juegos electrónicos de pensar, ya que él como Jefe de la Administración Pública debe hacer cumplir los Acuerdos y Decretos que estén en vigor.

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 se sintetizan a continuación (fls. 61 a 63 del Cdno. No. 1 y 53 a 59 del Cdno. No. 6):

Es cierto que el señor Alcalde tenía la facultad de reglamentar los acuerdos del Concejo Municipal y los demás decretos por él expedidos, pero dicha facultad debió ejercerla sin invadir terrenos que son propios de las Asambleas Departamentales. Nadie se puede arrogar una competencia que la ley le ha otorgado a otro funcionario. Por consiguiente se equivocó el Tribunal al sostener que el Alcalde sí tenía la competencia para reglamentar una materia que es propia de las Asambleas Departamentales.

El Decreto 245 de 1990, acusado, modifica la clasificación de los juegos contenida en la ley, y clasifica algunos de ellos, sin fundamento, en categorías que no les corresponden.

Es la ley, en este caso el artículo 1o. del Decreto 028 de 1906 y el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927, la que determina cuáles juegos son permitidos y cuáles son prohibidos, y es así mismo la ley la que clasifica los juegos en sus diferentes categorías. De allí que el decreto demandado sea violatorio de la ley, lo que ha desconocido el *a-quo*.

Al disponer el acto acusado la prohibición para los mayores de 18 años de ingresar a los sitios donde se encuentran ubicados los juegos electrónicos, desconoce que tales disposiciones, de ser válidas, sólo podrán provenir de la ley.

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 AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Durante el traslado para la vista de fondo, la señora Agente del Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son tres los cargos de inconformidad del recurrente frente a la sentencia de primera instancia, los cuales se analizan de la siguiente manera:

En relación con el primero y segundo cargos.- El cargo primero consiste en la incompetencia del Alcalde de Armenia para reglamentar mediante el articulo 1o. del acto acusado los juegos permitidos y para calificar otros como prohibidos, con lo cual invadió la órbita de competencia de la Asamblea Departamental del Quindío al tenor de lo dispuesto por el numeral 18) del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986.

A su vez, el segundo cargo plantea que el artículo 1o. del acto demandado modificó la clasificación que entre juegos permitidos y prohibidos se consagra en los artículos 1o. del Decreto 028 de 1906 y 17 del Decreto 1986 de 1927 y, así mismo, prohíbe juegos que la ley permite.

Como los dos cargos se refieren al artículo 1o. del acto demandado, se analizarán conjuntamente así:

A riesgo de incurrir en repeticiones, pero con la única finalidad de hacer claridad sobre el asunto, la Sala estima que el análisis del artículo 1o. del acto acusado debe dividirse en tres partes, que guardan directa relación con los tres incisos de que consta la norma.

a) El inciso 1o. dispone: "Son juegos electrónicos de pensar aquellos que desarrollan en el jugador la destreza, ya sea motriz, visomotriz o intelectual".

Por su parte, en los considerandos o motivación del acto demandado se expresa "Que el Decreto 035 de 1987 autoriza como juegos permitidos aquéllos donde intervienen la habilidad, destreza y suerte con la inteligencia o capacidad de los jugadores...", e igualmente "Que el Código de Rentas del Municipio de Armenia en el artículo 247 enuncia como juegos permitidos, los juegos electrónicos de pensar...".

A su vez, los artículos 174 y 175 del Decreto No. 035 de 1987 (Código de Policía del Quindío), allegado al proceso en el curso de esta instancia como prueba decretada de oficio, señalan lo siguiente (fls. 24 a 75 Anexo No. 1):

> "Artículo 174.- CLASES. Se distinguen tres clases de juegos:
>
> "a.- Los de suerte y azar en los que el resultado depende exclusivamente de la suerte o la casualidad.
>
> "b.- Los de destreza o habilidad en los que intervienen la capacidad o inteligencia de los jugadores.
>
> "c.- Los de suerte y habilidad en los que se conjugan los dos factores anteriores".
>
> "Artículo 175.- CLASIFICACION. Para los efectos policivos los juegos se clasifican en permitidos y prohibidos.

"Son prohibidos aquellos en los cuales la pérdida o la ganancia depende exclusivamente de la suerte o del azar".

De otro lado, el artículo 249 del Decreto 389 de 1988 (Código de Rentas de Armenia), igualmente allegado al proceso en el curso de esta instancia como prueba decretada de oficio (fls. 95 a 259 Anexo No.1), clasificada como "JUEGOS PERMITIDOS" los "Juegos de pensar electrónicos" y les asigna un gravámen mensual de "2.500 por máquina".

De la confrontación de las anotadas motivaciones del acto y de las normas transcritas con dicho inciso, la Sala considera que lo por él dispuesto tiene por única finalidad hacer directa referencia y énfasis a que los "juegos electrónicos de pensar", genéricamente considerados, tienen el carácter de "permitidos", tanto por el Código de Policía del Quindío como por el de Rentas del Municipio de Armenia, lo cual permite a la Sala concluir que tal norma no está reglamentando juego permitido alguno, sino únicamente reafirmando su permisibilidad, aspecto este que no pugna con lo dispuesto por el numeral 18 del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986, que atribuye a las Asambleas la función de "Reglamentar y gravar los juegos permitidos".

b) El inciso segundo del artículo 1o. del acto acusado expresa:

"Los juegos electrónicos en que los jugadores pierden o ganan, no por su destreza sino a causa de un acontecimiento incierto, son juegos de azar. Son ejemplo de esto juegos los de: Super Poker, Bally, Bally Continental, Lucky Player, Las Vegas, Baby Fruits, Baby Colombia y Bonus 21. Estos juegos, relacionados por vía de ejemplo, y los similares, se tienen como juegos de azar".

Pues bien, si se parte del sentado presupuesto de que los juegos electrónicos de pensar son permitidos en la medida en que en su ejecución "... intervengan la habilidad, destreza y suerte, con la inteligencia o capacidad de los jugadores", a contrario sensu ha de concluir que cuando el acto demandado considera como juegos electrónicos de azar aquellos en que los jugadores ganan o pierden, no por su destreza sino a causa de un acontecimiento incierto, tan sólo está llevando al plano normativo municipal la esencia misma de la definición legal que de juegos prohibidos consagra el artículo 17 del Decreto Extraordinario 1986 de 1927, en los siguientes términos:

"Artículo 17. Se consideran como juegos prohibidos aquellos en que la ganancia depende exclusivamente de la suerte o del azar sin que los jugadores, mediante su habilidad y de buena fe, puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente".

Por lo anterior, la Sala considera que la primera parte del inciso segundo del artículo 1o. analizado se ajusta a derecho, en la medida en que propiamente no reglamenta los juegos permitidos.

En cuanto a la alegada incompetencia del Alcalde Municipal de Armenia para calificar por vía enunciativa en la norma bajo análisis a algunos juegos como de azar, se tiene y considera lo siguiente:

Hasta la expedición del Decreto-Ley 1222 de 1986, las funciones asignadas a las asambleas departamentales, en relación directa con los juegos permitidos y prohibidos, excepciones hecha de las loterías, se encontraban consignadas en los numerales 41 y 42 del artículo 97 de la Ley 4a. de 1913, o Código de Régimen Político y Municipal, los cuales disponían:

"Artículo 97. Son funciones de las asambleas:

"...

"...

"41) Prohibir los juegos y diversiones públicas que perjudiquen a la moralidad o al desarrollo de la riqueza pública, y aún castigar a los infractores con pena de reclusión hasta por un año.

"42) Reglamentar y gravar los juegos permitidos".

Con la expedición del Decreto-Ley 1222 de 1986 que codificó las normas sobre Régimen Departamental, las funciones de las asambleas para expedir normas reglamentarias en relación con la materia de juegos quedaron exclusivamente consignados en el numeral 18 del artículo 62, en el cual se reprodujo la disposición contenida en el transcrito numeral 42 del artículo 97 de la Ley 4a. de 1913, es decir, se eliminó como función de tales Corporaciones Administrativas la de establecer prohibiciones en relación con "juegos y diversiones públicas...", lo que equivale a predicar su derogatoria a la luz de los dispuesto por el artículo 339 de dicha codificación.

Como consecuencia de haber desaparecido de la vida jurídica la función de las asambleas para prohibir los juegos y las diversiones públicas, y ante el silencio de la ley respecto de este tópico, corresponde a la Sala como deber ineludible, en razón de lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, establecer, a efecto de juzgar el caso controvertido, a qué autoridad pública se encuentra atribuída dicha función a partir de la vigencia del Decreto-Ley 1222 de 1986, a lo cual se procede a continuación:

Primeramente ha de hacerse referencia a lo dispuesto por el artículo 175 del Decreto 035 de 1987, Código de Policía de Armenia, el cual, como se vio en la transcripción que de él se hizo, determina que son juegos prohibidos "...aquellos en los cuales la pérdida o la ganancia dependen exclusivamente de la suerte o del azar".

De otra parte, como marco y para efecto de las subsiguientes consideraciones, la Sala transcribe a continuación algunos apartes del fallo proferido por la H. Corte Suprema de Justicia el 21 de abril de 1982, con ponencia del Magistrado doctor Manuel Gaona Cruz, dentro del proceso a que dio lugar la demanda de inexequibilidad de los artículos 13, literal a), 20 y 57, en parte, 100 inciso primero y 180 en parte del Decreto Extraordinario 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía):

"Tercera.- *Poder de policía, función de policía y actividad policial.*

"1.- Distingue nuestra legislación entre poder de policía, función de policía y mera ejecución policiva.

"a.- El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1o. y 3o. del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. En nuestro Estado de Derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, *lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales.*

"b.- La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía.

"c.- En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía, no son los jefes de la policía, ya que éstos son civiles (art. 39 del Código); por lo tanto, aquéllos *no expiden actos sino que actúan*, no deciden sino que ejecutan, son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituída como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, derivado de la competencia atribuída por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, *quien manda obedeciendo*, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

"2.- Colígese de lo precedentemente expresado que:

"a. *El poder de policía es normativo*: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de Derecho, además, preexistente.

"b.- *La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía.* Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad.

"c.- *La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica*, corresponde a la competencia de ejer-

cicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

"3.- Pero, aunque ni la función de policía ni la actividad de los miembros de los cuerpos uniformados de policía, son de carácter reglamentario de la libertad, sin embargo, *si son esencialmente reglamentables*. De no serlo, dichas actuaciones quedarían sueltas, no serían siempre regladas y constituirían, ahí sí, seria amenaza contra el ejercicio de las libertades ciudadanas. O sea que, frente a la función y a la actividad policial, el reglamento, en vez de ser obstáculo o negación de la libertad es una de sus fuentes válidas y legítimas de garantía; es, para mejor decir, su fundamento asidero.

"4.- Ahora bien, en el avatar cotidiano de la acción estatal por preservar el orden público, la actividad material de los funcionarios y de los miembros uniformados de policía es permanente, inmediata, indeclinable, no se puede evitar ni aplazar, y constituye un constante asecho con la libertad. *Sólo la ley, o en su defecto el reglamento*, nacional o local, autónomo o de la ley, que es el medio supletivo o apenas complementario de la tarea reguladora de aquélla, aunque necesariamente derivado de competencia explícitamente asignada, constituyen de consuno la base normativa que supedita dicha acción administrativa o material.

"Así las cosas, no se entiende cómo, por pregonar que frente a la Constitución sea únicamente la ley la reguladora legítima de la libertad, así no se expida, se descarte por inconstitucional la valiosa competencia autónoma, supletiva, complementaria o subsidiaria del reglamento de policía, por considerarlo atentatorio contra la libertad; siendo que, en la realidad, es mayor garantía para la libertad la acción policial reglada, que la que se despliegue sin supeditación a reglamentación alguna.

"5.- En principio, pues, por este aspecto, *el reglamento se aviene a la Constitución como competencia supletiva y explícita legítima, reguladora de la libertad, en vez de contradecirla, ya que es mucho más grave la carencia de reglamentación de la actividad policial, que su vigencia.*

"Cuarta.- *El Reglamento de Policía.*

"El reglamento, como acto jurídico material, supone la regulación de un órgano, o de una función o actividad, en forma preexistente, impersonal, objetiva, abstracta y general. Como acto jurídico orgánico-funcional significa, además, que es expedido por la rama administrativa del poder público. Si quien lo profiere es funcionario administrativo del orden nacional, tendrá este carácter; si el competente es funcionario o corporación de la administración descentralizada territorial, será departamental o municipal.

"Según la Constitución, el reglamento de policía, en lo nacional, corresponde al Presidente de la República en su calidad de suprema autoridad administrativa, bien sea que se expida con fundamento en la ley (art. 120-3), o de manera autónoma o subsidiaria (art. 120-7). En lo departamental, la autoridad administrativa encargada de reglamentar lo relativo a la policía, en defecto de la ley, es la asamblea departamental (art. 187-9). En el

municipio, es el concejo el que, conforme a la ley, reglamenta la actividad policial (art. 197-8).

"3.- *Reglamentos subsidiarios o supletorios.*

"1.- Hay sin embargo otros reglamentos directivos de la Constitución que suponen una competencia supletiva de la ley o subsidiaria; que tienen validez únicamente en la medida en que la ley no se haya ocupado de las materias reguladas por ellos, *y, sólo mientras la ley no lo haga*; que son provisorios sustitutos de la ley, que no se pueden expedir sino a falta de la ley y en lo que ella no regule, *y que corresponden entonces a una competencia reglamentaria constitucional de carácter apenas subsidiario o supletorio.*

"Encuentra la Corte que dentro de esta categoría de reglamentos se hallan los relativos a la competencia subsidiaria de "*conservar en todo el territorio el orden público*" entregada por el ordinal 7o. del artículo 120 de la Constitución al Presidente de la República, así como los de la atribución también supletiva de reglamentación de "*la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal*", prevista para las asambleas departamentales en el artículo 187-9 del mismo estatuto.

"Sabiamente, el Constituyente ha entendido que en nuestro Estado de Derecho, de naturaleza esencialmente reglada, tanto la función administrativa de policía como la actividad policial, de carácter material, son de naturaleza reglamentable, esto es, están supeditadas a normas previas que garanticen y protejan de manera clara y objetiva las libertades ciudadanas, y que, además, dentro de un régimen jurídico básicamente preventivo de la libertad, como lo es el de policía, es imposible vaticinar y cubrir por medio de ley todas las actividades y situaciones relativas al orden público, por lo cual es necesario consolidar aquél principio otorgándole a la Administración la facultad subsidiaria o supletiva de reglamentación. *Anótase, eso sí, que el reglamento subsidiario tampoco constituye en ningún caso facultad implícita de regulación, la cual, según lo ya afirmado, solo es de la ley.*

"Tradicionalmente, la función de guarda del orden público, dada su complejidad y dificultad, es propia del ejecutivo: corresponde al denominado "*poder de Estado*" (Cfr. Paul M. Gaudemet, "Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux" Ed. Montchrestien, 1966, París, p. 14 y Georges Burdeau "Les Libertés Publiques", Ed. L.G.D.J., 1966, París, p. 18), o sea, "el poder de tomar rápidamente en las horas críticas las grandes decisiones que comprometen el destino del país" (Gaudemet), o "la facultad de dictar y tomar las medidas necesarias al mantenimiento o al restablecimiento del orden público" (Burdeau). A punto tal que, de no ser posible para el ejecutivo hacerlo, el país se vería abocado a una mayor alteración del orden público, o la anarquía y, casi siempre, a la arbitrariedad, en desmedro, absoluto, ahí sí, de la libertad.

"Nótese además que conforme a la filosofía de nuestro Estado de Derecho, el reglamento es impersonal y no subjetivo, general y no individual, ejercicio de competencia explícita y no implícita, preexistente y no ex-

post facto, regulador y no ejecutor, acto jurídico y no actividad material; todo lo cual constituye garantía y no atentado de la libertad, y por lo tanto, dentro de la jerarquía de los valores de aquella doctrina, es no sólo preferible sino necesario el reglamento de policía frente a la alternativa de carencia de reglamentación de la actividad material de la policía.

"2.- De otra parte, la función constitucional subsidiaria de conservación y guarda del orden público asignada en la parte inicial del ordinal 7o. del artículo 120 al Presidente de la República en su condición de Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa nacional, supone indeclinablemente la competencia o capacidad para poder desempeñarla y el obvio otorgamiento de la atribución reguladora de las actividades ciudadanas en materia de policía sobre aquello que no haya sido normado por la ley.

"Si dicha atribución correspondiera apenas al reconocimiento formal de la mera "función de policía" o de la "actividad material de policía", que por la naturaleza de las cosas atañe al ejecutivo, se llegaría al absurdo de tener que afirmar entonces que la función y la actividad policivas sólo pueden ser ejercidas directamente por el Presidente de la República, en lo nacional, por las asambleas departamentales, en lo departamental, y acaso por los concejos, en lo municipal y no por los funcionarios administrativos restantes, ni por los agentes del orden público a quienes la Carta no les reconoce expresamente esas facultades.

"Así, por sentido común, la tarea subsidiaria de regulación policiva asignada en el artículo 187-9 de la Carta a las asambleas departamentales, no puede asimilarse a la que desempeña un agente uniformado de policía, encargado de desplegar la fuerza material que garantice la preservación del orden, o a la de ejecutar cotidianamente y por doquier las reglas de policía; la enormidad constituiría no sólo un imposible lógico, sino físico.

"A otro objetivo tuvo que apuntar el Constituyente cuando le entregó al Presidente, a las asambleas y a los concejos, aquella facultad, que por lo hasta aquí expresado la Corte denomina "poder subsidiario de policía" y no simplemente "función o actividad de policía". (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Actor: Carlos Fernando Osorio Bustos, Expediente No. 893. Foro Colombiano, año 14, tomo XXVI, Junio de 1982, No. 156, pp. 548 a 567).

De la jurisprudencia que antecede, la cual acoge en su integridad la Sala, resulta que el ejercicio del poder de policía, "como competencia jurídica asignada", puede ser ejercido, exclusivamente, por quienes tienen origen representativo, lo cual implica que, en el ámbito territorial de los municipios, este reposa, de manera supletoria, en cabeza de los concejos municipales, de acuerdo con lo que disponía el ordinal 8o. del artículo 197 de la Constitución Política de 1886, y dispone el numeral 10 del artículo 313 de la Carta Política actual, en concordancia con la atribución tercera del artículo 93 del Decreto-Ley 1333 de 1986, este último que atribuye a tales Corporaciones la potestad de "Arreglar la policía en sus diferentes ramas, sin contravenir a las leyes y ordenanzas, ni a los decretos del Gobierno, ni

del Gobernador respectivo", obviamente con las mismas limitaciones de que se habla a renglón seguido.

De igual manera, según la misma jurisprudencia, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9o. del Decreto Ley 1355 de 1970, a los alcaldes municipales también se encuentra atribuída dicha competencia supletoria para expedir dichos reglamentos, en la medida en que mediante ellos se regulen únicamente materias policivas, más nunca para dictar reglamentaciones en asuntos penales, contravencionales o disciplinarios.

De lo hasta ahora expuesto la Sala concluye que si bien los alcaldes pueden dictar, en ciertos casos y bajo las condiciones que se dejaron expuestas, reglamentaciones de policía, tal facultad no implica el que puedan prohibir por simple vía enunciativa juegos que según ordenanzas departamentales y acuerdos municipales se consideran por regla general como permitidos.

En efecto, si como se consignó al inicio de estas consideraciones, el Código de Policía del Quindío establece la permisibilidad de los juegos en los que se conjuga la destreza, la habilidad y la suerte de los jugadores, y el Código de Rentas de Armenia enuncia como juegos permitidos los electrónicos de pensar, ello significa, a juicio de la Sala, que la prohibición de alguna de sus variedades o modalidades solo puede resultar legalmente de la decisión que se adopte sobre solicitudes concretas de autorización de tales juegos, en la cual se exprese las razones que asistieron a la Administración para dar dicha calificación, pues, precisamente, el artículo 178 del citado Código de Policía del Quindío determina que en el permiso de funcionamiento de los establecimientos de juegos permitidos se debe establecer "...de manera clara ... (...)... los juegos que se autoricen".

En razón de lo expuesto, y en la parte resolutiva de este fallo se procederá a la declaratoria de nulidad de la segunda parte del inciso segundo del artículo 1o. del acto acusado.

c) Expresa así el inciso tercero del artículo 1o. del acto acusado:

> "Los juegos electrónicos de azar quedan comprendidos dentro de la clasificación de juegos prohibidos establecida en el artículo 175 del Decreto 035 de 1987 —Código de Policía de Armenia— y el que explote esta clase de negocio será sancionado conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto 522 de 1971".

De la simple lectura del inciso transcrito, la Sala considera que lo allí dispuesto es la lógica y necesaria consecuencia que acarrea la transgresión normativa que en él se consigna razón por la cual no se encuentra que con su expedición se hayan violado las normas que el actor cita como infringidas en sustento de los cargos que se analizan.

En relación con el tercer cargo.- Este cargo se fundamenta en que el artículo 4o. del acto acusado, al consagrar la prohibición del ingreso de personas mayores de 18 años a los establecimientos donde funcionen juegos electrónicos de pensar,

incurre en violación del artículo 20 de la Constitución Política de 1886, al igual que del artículo 96 del Decreto Ley 1355 de 1970.

El siguiente es el texto de la norma a la que se contrae el cargo:

> "Artículo 4o.- Sólo podrán participar en los juegos electrónicos personas mayores de doce (12) años y menores de diez y ocho (18). De igual manera, se prohíbe el ingreso a los establecimientos en los que funcionan juegos electrónicos de pensar a personas mayores de diez y ocho (18) años".

El artículo 20 de la anterior Carta Política consagraba el principio de que a las autoridades públicas sólo les es permitido aquello que les autoriza la ley, principio éste sobre el cual reposa la noción de Estado de Derecho, y cuya aplicación es imperativa "... cuando se trate de definir las relaciones entre gobernantes y gobernados y de alinderar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 22 de abril de 1971, Consejero Ponente doctor Alberto Hernández Mora, Anales Nos. 429 y 430, pp. 460 y 461). Además, la misma norma constitucional consagraba que "...los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes", esto es, que lo que no está prohibido a los particulares, les está permitido.

Ahora bien, aún cuando de acuerdo con la motivación del acto acusado la disposición que se analiza parece haber sido dictada con base en el artículo 205 del Decreto Ley 1355 de 1970 que consagra la competencia de los comandantes de estación y de subestación para prohibir la concurrencia a determinados sitios públicos o abiertos al público a las personas "...que por su edad o estado de salud física o mental le sea perjudicial, según dictamen médico", la Sala encuentra que su fundamento válido y jurídico se encuentra contenido en el artículo 1o., literal V) de la Ordenanza No. 007 de 1984, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío, "por medio de la cual se reglamenta el funcionamiento de establecimientos abiertos al público", y allegada al proceso como parte integrante de los antecedentes administrativos del acto demandado (fls. 12 a 17 Anexo No. 1), en donde se señala que los establecimientos de juegos electrónicos son aquellos "... donde se permiten estos juegos en aparatos diseñados para tal fin; *sólo podrán participar en ellos niños mayores de 12 años y menores de 18, excluyéndose la presencia de adultos que no tengan que ver con la administración del establecimiento...* (Subraya la Sala).

Ante la señalada norma ordenanza y a pesar de la inconsistencia entre el acto acusado y su motivación, la Sala considera que ello no es razón suficiente para declarar su nulidad pues, por una parte, esta causal no fue alegada en la demanda y, en segundo término, existiendo norma superior que regula la materia descrita en dicho acto acusado, su declaratoria de nulidad resultaría inocua.

Por último cabe agregar, para aclarar, que en relación con las demás disposiciones del Decreto 245 de 1990 cuya nulidad fue pretendida por el actor conforme a su afirmación genérica hecha en su libelo inicial, de que se hiciera tal declaración en relación con la totalidad del acto acusado, el Tribunal se abstuvo en el fallo de

hacer alguna consideración al respecto, dado que no hubo en la demanda referencia específica ni cargo alguno en concreto sobre dicho particular.

En consecuencia, la Sala se abstiene igualmente de hacer examen alguno sobre el mencionado propósito inicial del actor, máxime si se tiene en cuenta que sobre esta circunstancia tampoco el recurrente en su escrito de apelación hace referencia alguna.

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 parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar, DECLARASE la nulidad de las siguientes frases contenidas en el inciso segundo del artículo 1o. del Decreto No. 245 de 21 de septiembre de 1990, expedido por el Alcalde Mayor del Municipio de Armenia, Departamento del Quindío: "Son ejemplo de estos juegos los de: Super Poker, Bally, Bally Continental, Lucky Player, Las Vegas, Baby Fruits, Baby Colombia y Bonus 21. Estos juegos, relacionados por vía de ejemplo, y los similares, se tienen como juegos de azar".

Segundo.- Confírmase la sentencia apelada, en todo lo demás.

Tercero.- Con envío de copia, comuníquese esta sentencia al señor Alcalde Mayor del Municipio de Armenia.

Cuarto.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

SECCION SEGUNDA

UNIDAD DE EMPRESA-Improcedencia/**PERSONA JURIDICA**

Para que exista unidad de empresa y pueda así declararlo la autoridad administrativa o la judicial, se requiere que se trate de "varias unidades dependientes económicamente de una misma persona" y que desarrollen actividades similares, conexas o complementarias. Son dos elementos que deban darse conjunta y simultáneamente. En el supuesto de personas jurídicas, se presenta la figura cuando la empresa principal predomina económicamente sobre la filial o subsidiaria y a condición de que las actividades de una y otra sean similares, conexas o complementarias. En el caso *sub-judice* la empresa principal es la Federación Nacional de Cafeteros, que directa o indirectamente tiene el predominio económico respecto de la Flota Mercante Grancolombiana y la Agencia Gran Marítima Ltda. Luego para la declaración de la unidad de empresa era imprescindible que se hubiera partido de la Federación para que, una vez determinado su predominio económico, se hubiera examinado la ocurrencia de la segunda condición legal para su procedencia, es decir, la existencia de actividades similares, conexas o complementarias en todas ellas. Faltando uno de los requisitos para que surja la unidad de empresa, ésta no podía subsistir entre las empresas vinculadas a este proceso lo que quita piso a la pretensión anulatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref: Expediente No. 3201. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Asociacion Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.*

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, el apoderado de la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declare que son nulas las Resoluciones Nos. 02241 y 03063 de 30 de junio y 4 de septiembre

de 1987, respectivamente, expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales fue declarada la pérdida de la fuerza ejecutoria de las Resoluciones Nos. 01594 de 27 de septiembre de 1962 y 00487 de 11 de marzo de 1963 del citado Ministerio, por las cuales, a su vez, se había reconocido la unidad de empresa entre las sociedades Flota Mercante Grancolombiana S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda., hoy Gran Marítima Limitada —Gran Mar Ltda— y que, a título de restablecimiento del derecho, se declare que hay unidad de empresa entre las sociedades comerciales Flota Mercante Grancolombiana S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda. y que, por tanto, participan de las obligaciones y derechos que esa medida conlleva. (fls. 248 y ss. cdno. ppal.).

LA DEMANDA:

Como antecedente histórico, la parte actora relata los siguientes hechos:

1. A petición suya el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las Resoluciones Nos. 01594 de 1962 y 00487 de 1963, declaró la unidad de empresa entre las sociedades mencionadas en razón de que ambas desarrollan sus objetivos sociales bajo una misma dirección administrativa; que el capital de la Transportadora Grancolombiana Ltda., que asciende a $300.000.oo estaba conformado por aportes suscritos e íntegramente pagados de $299.000.oo por la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y de $1.000 pagados por el señor JESUS ANTONIO GUZMAN, lo que implicaba que ésta última sociedad era propietaria del 99.7% de la Transportadora; que las empresas en referencia efectuaban entre sí traslados de personal y sus trabajadores se beneficiaban de unos mismos Fondos de Retiro y de Crédito para vivienda y que el 99.53% de los ingresos de Transportadora Grancolombiana Ltda. provenían de las comisiones por concepto de fletes pagados por la Flota Mercante Gran Colombiana.

2. Demandadas ante el Consejo de Estado, esta Corporación declaró ajustadas a derecho las aludidas resoluciones, según consta en sentencia de 27 de noviembre de 1963 (fls. 15 a 30 cdno. ppal.).

3. Con el fin de soslayar la unidad de empresa, las sociedades acudieron, entre otros medios, a hacer figurar como socio mayoritario de la Compañía Transportadora Grancolombiana, al Capitán SIGIFREDO RAMIREZ CARMONA, por entonces empleado de confianza de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., en lugar de la misma Flota; a ceder en fiducia mercantil los derechos del señor RAMIREZ CARMONA en dicha sociedad a la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A., según consta en las Escrituras Nos. 1540 y 3112 de 1985; a celebrar el 3 de febrero de 1986 un contrato de agenciamiento marítimo y portuario entre la Flota y la Transportadora, con el fin de regular las relaciones comerciales entre ellas, adoptando medidas encaminadas a poner término a los presupuestos básicos de la unidad de empresa entre la Flota y la Transportadora Grancolombiana Ltda., extinguiendo, por lo menos, la autonomía de esta última, pues se autorizó la cesión del 60% de sus derechos a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y se cambió su razón social, que pasó a ser Gran Marítima Ltda. —Gran Mar—, como se aprecia en la Escritura 2662 de 1986, de la Notaría Doce de Bogotá.

4. En tal virtud, la Federación Nacional de Cafeteros pasó a ser Sociedad matriz, quedando Gran Marítima como sociedad subsidiaria. "De esta manera en la práctica se presenta actualmente unidad de empresa entre la Flota, de una parte, y Gran Marítima, de otra, con la variación de que el socio mayoritario de la última es la Federación Nacional de Cafeteros. En todo caso se reúnen aquí los requisitos que señala el artículo 260 del Código de Comercio para que una sociedad pueda considerarse como subsidiaria". (fl. 255).

5. Consumadas las reformas sociales descritas, la Flota Mercante y Gran Marítima solicitaron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declarar que entre ellas había dejado de existir la unidad de empresa por haber desaparecido los requisitos que esta figura exige. El Ministerio, sin tener en cuenta las conclusiones a que llegaron los funcionarios de la Oficina de Planeación y Economía Laboral de la Sección de Estudios Económicos Laborales que realizaron las investigaciones pertinentes, mediante Resolución No. 02241 de 30 de junio de 1987, declaró la pérdida de la fuerza ejecutoria de las Resoluciones Nos. 01594 de 1962 y 00487 de 1963, por las cuales había declarado la unidad de empresa entre la Flota Mercante S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda.

6. En la Resolución se hace "el examen de la certificación No. 432 de 28 de abril de 1987 de la Secretaría de la Federación Nacional de Cafeteros, donde se afirma que el Fondo Nacional del Café es una cuenta de la Tesorería General de la República, integrada por las contribuciones industriales e impuestos al grano, administrado por la Federación en virtud de contrato, y que ésta adquirió, con dineros provenientes del Fondo, las acciones que figuran a su nombre. Desde luego, esta certificación se halla en abierta contradicción con la constancia que contiene el folio 55 del informe de los empleados del Ministerio de Trabajo, ya glosado en el hecho anterior". (fl. 262).

7. Por medio de la Resolución No. 03063 de 30 de septiembre de 1987, el Ministerio negó el recurso de reposición interpuesto contra la No. 2241, limitándose a aseverar que a la Oficina Jurídica del Ministerio corresponde, de acuerdo con los resultados de la investigación realizada por la Oficina de Planeación en relación con los aspectos económicos y laborales de las empresas, hacer la calificación sobre unidad de empresa, y no ésta última oficina, y arguyendo, respecto del planteamiento de la recurrente en el sentido de que Gran Marítima es creación de la Flota Mercante, que "tal decisión no genera acto de creación o constitución como lo afirma el libelista: es una manifestación de disposición libre y espontánea, la que se cumplió con todos los requisitos previos exigidos por las autoridades de control respectivo (Superintendencia de Sociedades)". (fl. 263).

Agrega la Resolución:

"No es exacto afirmar que las dos sociedades pertenezcan a una misma persona jurídica puesto que como ya se afirmó en la providencia, el capital invertido en la Flota Mercante Grancolombiana S.A., corresponde a la cuenta de la Tesorería General de la República denominada Fondo Nacional del Café, la cual es manejada por la Federación Nacional de Cafeteros en virtud de un contrato de administración suscrito en el Gobierno Nacional; no obstante lo anterior, para que exista Unidad de Empresa no basta que una sociedad sea la accionista mayoritaria en una o más sociedades". (fl. 264).

8. Otros argumentos de la demanda son los siguientes:

- Cuando se adoptó la medida acusada, subsistían los elementos determinantes de la unidad de empresa, pese al cambio de razón social de la Transportadora, que no implicó disolución;

- La actualmente denominada Gran Marítima Limitada es filial de la Flota Mercante Grancolombiana, dado el predominio económico de ésta sobre aquella y sus actividades similares, conexas, o complementarias.

- "...Se presenta el caso de que la Federación es socia mayoritaria de ambas empresas —Flota y Gran Marítima— y que en ese carácter las gobierna". (fls. 264-265).

Para la accionante los actos administrativos cuya nulidad impetra son violatorios del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1985, que en el numeral 2° determina que en el caso de las personas jurídicas existe unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias, "en primer lugar, por existir una sociedad principal, la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y una sociedad filial, la actual Gran Marítima Limitada, sustituta de la Transportadora Grancolombiana Limitada, sobre la cual la Flota Mercante ejerce predominio económico y que paralelamente con ésta desempeña actividades semejantes, relacionadas entre sí y que se completan o perfeccionan recíprocamente". (fl. 270); en segundo lugar, porque "existe una sociedad matriz o principal, que es la Federación Nacional de Cafeteros, y una sociedad subsidiaria, que es la Gran Marítima Limitada, la cual se encuentra controlada o dirigida por la citada Federación a través de la Flota Mercante, sociedad esta última que viene a constituir, si no propiamente una filial de la Federación, sí por lo menos una compañía vinculada a la matriz, es decir, a la expresada Federación, y con actividades similares, relacionadas entre sí y complementarias". (fl. 270).

Y explica:

"Para clasificar a la Flota Mercante Grancolombiana como sociedad principal y a la Gran Marítima como sociedad filial se ha tenido presente la definición que trae el artículo 260 del Código de Comercio, según el cual `Se considera filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera y administrativamente por otra, que será la matriz'. En lo con-

cerniente al predominio económico, éste se desprende simplemente del hecho de que el 60% del capital de la Gran Marítima pertenece a la Federación Nacional de Cafeteros y el 40% a la Flota Mercante, de la que a su vez la Federación es dueña del 80.07%. Y en cuanto a la semejanza, vinculación y complementariedad de las actividades, éstas surgen de la mera confrontación de los objetos sociales de ambas compañías". (fl. 271).

Líneas atrás afirma, en este contexto, la accionante:

"...En cuanto a la unidad de empresa que se invoca, lo mismo da que se considere a la Flota Mercante como sociedad principal y a la Gran Marítima como filial o que se acepte que la Flota sea sociedad por intermedio de la cual la Federación Nacional de Cafeteros controle o dirija a la Gran Marítima, en su carácter de subsidiaria, pues para los mismos efectos la ley no establece diferencia entre sociedades filiales o subsidiarias, toda vez que el numeral 2 del artículo 194 del C.S. del T. no hace distinción y, por el contrario, alude a ambas modalidades cuando expresa que existirá unidad de empresa *entre la principal y las filiales o subsidiarias* en que aquélla predomine económicamente". (fls. 270-271).

Igualmente, la actora se refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre unidad de empresa y a la relación de conexidad y complementariedad de las actividades desarrolladas por la Flota y Gran Marítima, para concluir "que la Flota no podría prestar sus servicios de transporte marítimo, fluvial y de cabotaje, tanto en el renglón de importación como en el de exportación, sin el concurso y colaboración plena de la Gran Marítima. Evidentemente, al paso que la primera simplemente transporta, la segunda ejecuta las labores complementarias de atender las naves en tierra y, en general, concluir y perfeccionar los contratos de transporte celebrados por la Flota. De esta manera entre las mismas se presenta una colaboración en actividades que guarda relación y complementariedad recíprocas, lo que significa que la una sin la otra no tendrían operatividad". (fl. 276).

Y agrega:

"Es importante dejar constancia de que los contratos de cesión, a título de fiducia mercantil, del Capitán Ramírez Carmona para la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A., y de ésta para la Federación Nacional de Cafeteros, ponen de presente que se acudió a ellos simplemente para traspasarle a la Federación las cuotas de interés social pertenecientes a la Gran Marítima, para de esta manera asegurar el predominio económico de la Federación sobre la Gran Marítima, a través de la Flota Mercante, de la cual es socia mayoritaria. Por esa razón se han calificado dichas sesiones como maquinaciones, aunque también se las pudiera calificar de simulaciones". (fl. 278).

Señala también la demandante que se quebranta el artículo 17 de la Constitución anterior por falta de aplicación "siendo pertinente aplicarlo, en atención a que en el presente asunto se reclama la unidad de empresa como un medio para el

cumplimiento de las leyes sociales, según la jurisprudencia que al respecto tiene sentada el Consejo de Estado". (fl. 279).

Finalmente, asevera que se infringió el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., que precisa que los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho, "a consecuencia de su indebida aplicación, toda vez que no ha desaparecido la situación de hecho y de derecho que determinó que se reconociera la existencia de la unidad de empresa". (fl. 283).

El apoderado de la Nación —Ministerio de Trabajo y Seguridad Social— al contestar la demanda propuso la excepción de inepta demanda (fls. 325-330), en razón de que no se acreditó en debida forma la personería sustantiva de la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, parte demandante en este proceso, por cuanto el Diario Oficial acompañado al libelo no se encuentra autenticado.

Por su parte, el apoderado de la Sociedad Gran Marítima Ltda. —Gran Mar Ltda.— se opone a la prosperidad de las súplicas de la demanda por fundamentarse ésta en consideraciones subjetivas del apoderado de la accionante y porque se parte de situaciones anteriores por las cuales el Ministerio citado declaró la unidad de empresa, para aplicarlas al momento actual, en el cual existe separación clara entre la Flota y la Gran Marítima Ltda. (fls. 331-334).

La Flota Mercante Grancolombiana S.A., por intermedio de su procurador judicial, expuso así sus planteamientos adversos a la prosperidad de la acción:

> "Las razones de la defensa a los hechos anteriormente mencionados en forma detallada y precisa y que son los consignados en la demanda, se circunscriben a determinar a que en virtud de la transformación legal y estatutaria de la extinguida TRANSPORTADORA GRAN COLOMBIANA LIMITADA, hoy GRAN MARITIMA LIMITADA —GRAN MAR LIMITADA—, que se operó, la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. dejó de tener el predominio económico sobre la misma, habiendo cesado la dependencia que antes se configuraba, lo que dio lugar a que desaparecieran los elementos esenciales que caracterizaban la Unidad de Empresa entre las mismas, que se había decretado por el Ministerio de Trabajo, habiendo cambiado la primera de ellas su razón social y por consiguiente, desapareciendo los elementos de hecho y de derecho de la ameritada Unidad de Empresa, lo que dio lugar a que el Ministerio de Trabajo, por medio de las Relaciones acusadas y en cumplimiento de lo previsto en el Art. 66 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) declaró la pérdida de la fuerza ejecutoria de las Resoluciones que habían declarado dicha unidad, razón por la cual, desde ahora mi representada solicita que se nieguen las peticiones de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de la acción ejercitada". (fl. 341).

La fiscalía Cuarta de la Corporación, en el concepto de fondo, opina que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Y explica:

"...La pretendida subsistencia de la Unidad de empresa, a la luz de los artículos 194 del C.S. del T. y 260 y 261 del Código de Comercio, entre la "Flota Mercante Grancolombiana" y "Transportadora Grancolombiana L.T.D.A." hoy, "Gran Marítima L.T.D.A." apunta más, en la alegación de los hechos y su prueba, a predicar tal fenómeno jurídico con respecto a la Federación Nacional de Cafeteros, como entidad matriz, y las ya citadas compañías, como subordinadas. Todo ello en consideración al predominio económico de la Federación sobre la Flota Mercante y la Transportadora "Gran Marítima L.T.D.A." (70% en la primera 40% en la segunda), mas no, claro, en cuanto a la similitud de actividades, que desde luego, no se da de manera alguna. Así las cosas, y como, se reitera, la prueba no conduce a conclusión distinta a la de que la Federación Nacional de Cafeteros, desde el punto de vista económico tiene apreciable poder subordinante sobre la Flota Mercante y la empresa "Gran Marítima L.T.D.A.", mal puede hacerse declaración atribuyéndole dicho poder a la Flota Mercante sobre la empresa" Gran Marítima L.T.D.A."" (fls. 897 y 898).

Y agrega:

"...El artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, como los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, señalan la dependencia, la dirección, el control, el predominio ECONOMICO como el presupuesto sine quanon en orden a la configuración del instituto jurídico de la unidad de Empresa. Y ese predominio económico aquí esta documentalmente probado, pero, se reitera predicable de la Federación Nacional de Cafeteros, como "Matriz", y no, en modo alguno, de la Flota Mercante Grancolombiana con respecto a "Gran Marítima Colombiana" "Gran Marítima L.T.D.A." (fl. 898).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Respecto de la excepción propuesta por el apoderado de la Nación —Ministerio de Trabajo y Seguridad Social— y consistente en que la copia del Diario Oficial acompañada a la demanda por la parte accionante para acreditar su existencia legal, no es idónea por carecer de autenticación, cabe observar que no es atendible sustentada, como aparece, en disposiciones legales anteriores a la expedición del Decreto 01 de 1984, cuyo artículo 139 señala que son copias hábiles del acto acusado "las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación", lo que lleva a concluir, con razonamiento *a fortiori*, que igual cosa ha de predicarse de las que tienen por objeto demostrar la existencia legal de la parte actora o cualquier circunstancia de similar naturaleza.

1. Viniendo ahora al fondo de la controversia, cabe destacar los siguientes antecedentes:

- El Ministerio de Trabajo, mediante Resoluciones Nos. 01594 de septiembre 27 de 1962 y 00487 de marzo 11 de 1963, declaró la existencia de la unidad de empresa entre la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y la Transportadora Grancolombiana Ltda. a solicitud de la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, en razón de que "las citadas empresas adelantan la tramitación de todos sus negocios, en cuanto a su objeto social se refiere, bajo un mismo cuerpo directivo..., la citada Flota es propietaria de un 99.7% del capital de la Empresa Transportadora..., las sociedades efectúan traslados de personal de una a otra sin que ello implique pérdida de antigüedad para los trabajadores trasladados; el Fondo de Retiro de los empleados y el Fondo de Crédito para vivienda beneficia a los trabajadores de una y otra empresa; el 98.53% de los ingresos de Transportadora Grancolombiana Ltda. los percibe por concepto de comisión de fletes por pago de la Flota Mercante Grancolombiana, y se comprueba también dentro del expediente que existe un fondo de trabajo fijo, que la Flota tiene en poder de la Transportadora y que está destinado a sufragar los gastos de los buques atracados en los puertos donde ésta tiene sucursales". (fls. 7-14).

- Enjuiciados tales actos administrativos ante esta jurisdicción, se les encontró ajustados a derecho, según sentencia de noviembre 27 de 1963, en consideración a que "las informaciones recogidas en el curso de la investigación administrativa adelantada por el Ministerio de Trabajo en esta ocasión, no dejan duda alguna sobre la existencia real de una explotación económica unitaria gestionada por dos sociedades aparentemente autónomas". (fls. 15-30).

- A su turno, las referidas sociedades solicitaron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declarar la "no existencia de unidad de empresa", lo que dio lugar a la expedición de las Resoluciones Números 02241 de junio 30 de 1987 y 03063 de septiembre 4 del mismo año, por las que se declaró la "pérdida de la fuerza ejecutoria" de las primeras. (fls. 31-41).

Para llegar a tal conclusión, el Ministerio acogió de la Oficina de Planeación y Economía Laboral, según el cual la situación de las empresas había variado sustancialmente a consecuencia de medidas de reestructuración adoptadas por ellas, con reorganización de la Transportadora Grancolombiana Ltda. —denominada luego Gran Marítima Ltda.— para independizarse de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.

En el concepto de la Oficina de Planeación se lee, al respecto:

"La composición del capital social de las dos empresas muestra claramente que hay un socio común a las dos, cual es la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, quien posee el 80.07% del total de las acciones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y, a su vez, es dueña en forma directa del 60% de los aportes de capital de la Agencia Gran Marítima Ltda.

> Gran Mar, antes Transportadora Grancolombiana Ltda., y del 32.02% a través de la Flota Mercante Grancolombiana S.A." (fls. 31-33).

Dedujo de allí el Ministerio lo siguiente:

> "Realizado este análisis, puede concluir el despacho que los supuestos que sirvieron de base al Ministerio para la expedición de la Resolución 1594 del 27 de septiembre de 1962, han desaparecido, presentándose la pérdida de la fuerza ejecutoria, de conformidad con lo ordenado por el ordinal 2° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo". (fl. 34).

2. Alega la organización gremial accionante que subsisten los factores que determinan la existencia de unidad de empresa "por existir una sociedad principal, la Flota Mercante Grancolombiana S.A., y una sociedad filial, la actual Gran Marítima Limitada, sustituta de la Transportadora Grancolombiana Ltda., sobre la cual la Flota Mercante ejerce predominio económico y que paralelamente con ésta desempeña actividades semejantes, relacionadas entre sí y que se complementan o perfeccionan recíprocamente" (fl. 270) y porque "existe una sociedad matriz o principal, que es la Federación Nacional de Cafeteros, y una sociedad subsidiaria, que es la Gran Marítima Limitada, la cual se encuentra controlada o dirigida por la citada Federación a través de la Flota Mercante, sociedad esta última que viene a constituir, si no propiamente una filial de la federación, sí por lo menos una compañía vinculada a la matriz, es decir, a la expresada Federación, y con actividades similares, relacionadas entre sí y complementarias". (fl. 270).

3. Señala el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 del Decreto-Ley 2351 de 1965 (hoy artículo 32 de la Ley 50 de 1990), que "se entiende como una sola empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio".

Agrega la norma:

> "En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias es que aquélla predomine económicamente cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias..."

Según este precepto, como es fácil advertirlo, para que exista unidad de empresa y pueda así declararlo la autoridad administrativa o la judicial, se requiere que se trate de "varias unidades dependientes económicamente de una misma persona" y que desarrollen actividades similares, conexas o complementarias. Son dos elementos que deben darse conjunta y simultáneamente.

Y en el supuesto de personas jurídicas, que es el caso de autos, se presenta la figura cuando la empresa principal predomina económicamente sobre la filial o subsidiaria y a condición de que las actividades de una y otra sean similares, conexas o complementarias.

Dos son, pues, las condiciones que deben cumplirse en ambos supuestos para que el instituto en referencia tenga viabilidad de declaración. Corresponde, por lo tanto, examinar si en el *sub-lite* se dan los requisitos enunciados.

Se aprecia que en el año 1962 existía una subordinación total, económica y financiera, de la Sociedad Transportadora Gran Colombiana Ltda. a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., ya que ésta era propietaria del 99.7% del capital social de aquélla. En cambio, para el mes de septiembre de 1987, fecha en que se expidió la Resolución 2241 acusada, la Flota Mercante sólo poseía el 40% del capital social de la Gran Marítima (antes Transportadora Grancolombiana), pues el 60% restante pertenecía a la Federación Nacional de Cafeteros, en razón de haberlo adquirido de la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A., según consta en la Escritura Pública No. 2262 de 15 de diciembre de 1986 de la Notaría Doce de Bogotá (fls. 463 a 477 cdno. ppal.), y en el certificado de la Cámara de Comercio visible a folios 512 a 514 Ibídem.

En tal virtud, desde el punto de vista económico y financiero la Sociedad Transportadora Grancolombiana Ltda, transformada por medio de la Escritura Pública mencionada en la Sociedad Agencia Gran Marítima Ltda., no se hallaba, para la época referida, dirigida o controlada por la Flota Mercante Grancolombiana y tampoco se probó que ésta ejerciera su control por intermedio o con el concurso de una o varias de sus filiales o de sociedades a ella vinculadas, pues los autos no evidencian que sociedades subordinadas a la Flota participaran en forma alguna en la Transportadora.

Por el contrario, aparece claro que la Federación Nacional de Cafeteros era propietaria directa del 60% del capital social de Gran Marítima Ltda., e indirecta del 32.02% del mismo en razón de que la Flota poseía el 40% de aquél y, a su vez, el capital social de esta sociedad, en un 80.07% pertenecía a la Federación Nacional de Cafeteros.

Lo que podría admitirse es la influencia económica de la Federación Nacional de Cafeteros en la Agencia Gran Marítima Ltda., o Gran Mar Ltda., en tanto que no es concebible que la Flota Mercante Grancolombiana, a través de la Federación Nacional de Cafeteros, pudiera ejercer poder o dominio sobre aquélla, porque se invertiría la proposición, toda vez que se estaría suponiendo que una sociedad subordinada pudiera controlar a otra, a través de la sociedad matriz.

Se advierte claramente que no se presenta subordinación de la Agencia Gran Marítima Ltda. a la Flota Mercante Grancolombiana, puesto que no se da ninguna de las hipótesis que contempla el artículo 261 del Código de Comercio, ya que la Flota sólo es propietaria del 40% del capital de la primera.

Por lo demás, no aparece demostrado que la Flota Mercante Grancolombiana S.A. ejerciera en 1987 la administración de la Sociedad Gran Marítima Ltda. De las pruebas allegadas al proceso, especialmente de las declaraciones rendidas por Rubby Jaramillo Jaramillo (fls. 612 a 688), Luis Gabriel Pérez Restrepo (fls. 597 a 693), Julio César Suárez Beltrán (fls. 698 a 702), Jairo Humberto Buitrago Sali-

nas (fls. 803 a 806) y por Byron de Jesús Mejía Ramírez (fls. 807 a 811), se deduce lo contrario: la total independencia administrativa de las dos empresas.

Tal circunstancia fue comprobada por los funcionarios del Ministerio del Trabajo comisionados para adelantar investigación con el fin de establecer la existencia de los supuestos constitutivos de la unidad de empresa. Afirmaron ellos:

> "La Junta directiva de Flota en reuniones del 15 de abril y 21 de marzo del año 1986 decidió constituir de Transportadora una empresa jurídicamente, administrativa y operativamente nueva e independiente, vendiendo el 60% de los derechos de Transportadora a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia". (fl. 94).

En otra parte del informe se lee:

> "El personal directivo y administrativo de las empresas es totalmente diferente, no existiendo miembros comunes a las dos a excepción del señor Guillermo Aragón Farkas quien se desempeña en la Flota como Gerente de Producción y pertenece a la Junta Directiva de Transportadora en calidad de miembro principal". (fl. 93).

4. Hubiera podido considerarse la existencia de unidad de empresa involucrándose a la Federación Nacional de Cafeteros pero tal aspecto no fue planteado ante la autoridad administrativa ni ésta lo examinó *ex officio*, como hubiera podido hacerlo. Tampoco se pidió así en la demanda.

En efecto, si según el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo hay unidad de empresa entra la principal y las filiales o subsidiarias en que aquélla predomine económicamente, para declarar su existencia debe partirse necesariamente de la principal, cuyo predominio económico se refleja en las filiales o subsidiarias, pues éste es el vínculo que hace que todas ellas formen una unidad.

En el caso *sub-judice* la empresa principal es la Federación Nacional de Cafeteros, que directa o indirectamente tiene el predominio económico respecto de la Flota Mercante Grancolombiana y la Agencia Gran Marítima Ltda. Luego para la declaración de la unidad de empresa era imprescindible que se hubiera partido de la Federación para que, una vez determinado su predominio económico, se hubiera examinado la ocurrencia de la segunda condición legal para su procedencia, es decir, la existencia de actividades similares, conexas o complementarias en todas ellas.

La parte accionante no pidió tal verificación ni ante la administración ni a la jurisdicción y, por ello, no puede la Sala hacer pronunciamiento alguno al respecto, pues, si bien el Ministerio de Trabajo hubiera podido actuar oficiosamente, a la jurisdicción, por ser de naturaleza rogada, le está vedado salirse del marco que le señala la demanda.

De estos presupuestos hay que concluir que, faltando uno de los requisitos para que surja la unidad de empresa, ésta no podía subsistir entre las empresas vinculadas a este proceso, lo que quita piso a la pretensión anulatoria. Ello releva a la Sala

del examen de la segunda condición, actividades similares, conexas o complementarias, ya que los dos deben darse conjunta y simultáneamente.

De manera que los actos acusados armonizan con la realidad fáctica existente en 1987 y se ajustan a las disposiciones que gobernaban la figura de la unidad de empresa entre personas jurídicas, por lo que no hay lugar a decretar su nulidad ni, consiguientemente, es el caso de disponer el restablecimiento del derecho mediante declaración de unidad de empresa entre la Flota Mercante y Gran Marítima Ltda.

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

FALLA:

1. Declárase no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

2. Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala el día 9 de septiembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Carmenza Arana de Ramirez, Conjuez; *Eneida Wadnipar Ramos,* Secretaria.

DIRECTOR EDUCATIVO/CARGO ADMINISTRATIVO/NACIONALIZACION DE LA EDUCACION

El cargo de Director de Distrito Educativo no hace parte de la planta de personal del Fondo Educativo Regional de Antioquia, sino de la de ese Departamento. De igual manera se señala en ellos que por el tiempo de servicios prestados en ese cargo, el demandante goza de pensión de jubilación reconocida por el Departamento. De otra parte, si el empleo del que fue desvinculado el libelista hubiera sido nacionalizado, su remuneración a la fecha de iniciarse el proceso correspondería a la establecida en el Decreto Extraordinario No. 134 de 1985, lo cual no era así toda vez que devengaba una suma superior como él mismo afirma en la demanda, pues su salario, en esa época, se fijaba con base en lo dispuesto en el Decreto Reglamentario No. 705 de 1985, según consta en la certificación, el cual era cubierto por el Departamento.

DEMANDA-Requisitos/PERSONERIA ADMINISTRATIVA
El Tribunal no podía condenar a la Nación, por cuanto el demandante no tuvo vínculo jurídico con ella, por lo que es improcedente disponer que dicha entidad lo reintegre al servicio público y le cancele los haberes dejados de percibir, cuando no existió relación laboral alguna entre el actor y la Nación, razón por la cual se revocarán las susodichas condenas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref.: Expediente No. 4136. Apelación Sentencia. Actor: *Jairo De Jesus Montoya Rojas.*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Nación-Ministerio de Educación Nacional y del Departamento de Antioquia contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 28 de octubre de 1988, en el proceso promovido por Jairo de Jesús Montoya Rojas contra dichas entidades.

ANTECEDENTES

El actor en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 85 del Código Contencioso Administrativo demandó inicialmente al Departamento de Antioquia (folio 37) y posteriormente al corregir la demanda (folio 65) citó igualmente al proceso como demandada a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, con el fin de obtener la declaración de nulidad de los artículos primero y cuarto del Decreto 0256 de 27 de febrero de 1985 de la Gobernación de Antioquia, por medio de los cuales se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director de Distrito Educativo 08 (norte 2) con sede en el Municipio de Yarumal, nivel directivo, grado 1, con sueldo mensual de $85.720.oo, y se nombró en su reemplazo a Mary Jaramillo Paniagua.

El Tribunal del conocimiento en el fallo apelado declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva propuesta por la Nación y la nulidad del Artículo 1° del Decreto citado, ordenó a la Nación reintegrar al demandante al cargo del cual se le había removido y pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir y dispuso que la Nación podía repetir contra el departamento de Antioquia el valor de los haberes que cubra al accionante en virtud del presente proceso.

Estimó el a quo que el actor era un docente del orden nacional amparado por el fuero de carrera que regula el Decreto 2277 de 1979 y sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 179 de 1982 y como tal no podía ser declarado insubsistente en forma discrecional, como se hizo.

Sobre el particular dice el fallo recurrido:

> "Con respecto a los Directores de Distrito Educativo en el Departamento de Antioquia se incurrió en un error mutuo:
>
> El actor al considerarse empleado Departamental con una remuneración halagadora y la consecuente posibilidad de discutir su estabilidad laboral frente a éste. Y, el Departamento, al estimar que se trataba de un servidor frente al cual podía ejercer a través del Gobernador la facultad de libre nombramiento y remoción, ignorando su carácter de funcionario nacional, amparado por el fuero que le otorga el estatuto docente". (folios 218-219).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria, solicita la confirmación de la sentencia por cuanto considera que, encontrándose acreditada la condición del actor de docente inscrito en el escalafón nacional y que el cargo que ocupaba, Director de Distrito Educativo, se asimila al cargo de docente en los términos del Artículo 32, literal d), del Decreto 2277 de 1979 y del Artículo 1°,

liberal b), del Decreto 179 de 1982 que lo califica como cargo directivo docente, gozaba de fuero de relativa estabilidad que imponía la observancia de las reglas contenidas en el Decreto 2277 citado, excluyéndose entonces su remoción mediante el ejercicio de la potestad discrecional, so pretexto de que el aludido cargo era de carácter administrativo. (folio 253).

Agotado el trámite del recurso y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- Al cuestionar el fallo el apoderado de la Nación insiste en sostener que la entidad que representa no tenía por qué haber sido demandada, en virtud de que el cargo del cual se desvinculó al accionante no es del orden nacional sino departamental, como lo ha alegado desde la contestación de la demanda (fólios 85 a 98), oportunidad en la cual, por esa razón, propuso la excepción desechada en el fallo.

El mismo actor en la demanda afirma que "El cargo de Director de Distrito en el Departamento de Antioquia es de carácter docente y naturaleza Departamental, en consecuencia no pertenece a las Plazas educativas `nacionalizadas' por efectos de la Ley 43 de 1975, pues con fundamento en el artículo 10 de la citada Ley es una plaza con cargo al Departamento de Antioquia no objeto del proceso de nacionalización", aseveración corroborada con los documentos obrantes a folios 111, 114 a 116, 124 y 158, conforme los cuales el cargo de Director de Distrito Educativo no hace parte de la planta de personal del Fondo Educativo Regional de Antioquia, sino de la de ese Departamento. De igual manera, se señala en ellos que por el tiempo de servicios prestados en ese cargo, el demandante goza de pensión de jubilación reconocida por el Departamento de Antioquia desde el 11 de marzo de 1985.

De otra parte, si el empleo del que fue desvinculado el libelista hubiera sido nacionalizado, su remuneración a la fecha de iniciarse el proceso correspondería a la establecida en el decreto extraordinario No. 134 de 1985, lo cual no era así toda vez que devengaba una suma superior ($85.720) como él mismo afirma en la demanda, pues su salario, en esa época, se fijaba con base en lo dispuesto en el Decreto Departamental No. 705 de 1985, según consta en la certificación visible a folio 117, el cual era cubierto por el Departamento de Antioquia.

En este orden de ideas, el Tribunal no podía condenar a la Nación, por cuanto el demandante no tuvo vínculo jurídico con ella, por lo que es improcedente disponer que dicha entidad lo reintegre al servicio público y le cancele los haberes dejados de percibir, cuando no existió relación laboral alguna entre el señor Montoya Rojas y la Nación, razón por la cual se revocarán las susodichas condenas.

2. En cuanto a la naturaleza del cargo de Director de Distrito Educativo en el Departamento de Antioquia, la Sala en diferentes sentencias ha expuesto su criterio en el sentido de que ostenta la condición de cargo administrativo. Así, en la sentencia de 16 de septiembre de 1991, recaída en el proceso No. 4347 (actor: José

Reynaldo Higuita Higuita, Consejero Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ) sobre este particular dijo:

"Corresponde ahora, estudiar si el cargo de Director de Distrito Educativo, conforme al artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979, tiene carácter docente o si, por el contrario, según el artículo 35 ibídem es administrativo y a su titular se rige por las normas aplicables a los demás empleados públicos y no por las de dicho estatuto.

El artículo 32 aludido, relaciona los siguientes cargos directivos de la educación oficial como docentes: Director de escuela o concentración escolar, Coordinador o prefecto de establecimiento, Rector de Plantel de enseñanzabásica, secundaria o media, Jefe o Director de núcleo educativo o agrupación de establecimientos y Suprevisor o Inspector de educación. Además, establece que tienen ese carácter los cargos que tengan funciones equivalentes a los anteriormente indicados.

Ahora bien, si conforme el literal b) del artículo 1o. del decreto reglamentario 179 de 1982 el Distrito Educativo está formado por dos o más núcleos educativos, es evidente que a la luz del mencionado artículo 32, el cargo de Director de esos distritos no está comprendido expresamente entre los que tienen carácter docente, como sí lo estan los Jefes o Directores de los núcleos educatitvos que hacen parte de los mencionados distritos.

Además, en armonía con lo anterior, la organización de la secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia adoptada por el decreto departamental 311 de 1984, (fl. 4) establece los núcleos de desarrollo educativo como dependencias directas del Distrito Educativo, de donde se infiere, que el Diector de Distrito es superior jerárquico del Director o Jefe de núcleo, por lo cual los dos empleados tienen funciones no equivalentes entre sí, siendo ellos obviamente diferentes. Fuerza entonces concluir, que el cargo de Director de Distrito Educativo desempeñado por el actor no puede ser considerado como `docente' a la luz del artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979.

Como el actor se apoya en el inciso primero del artículo 1o. del decreto reglamentario 179 de 1982 que dispone que el cargo de Jefe de Distrito Educativo es docente, la Sala no puede atender esta disposición porque ello solo podría ser viable, en los términos del artículo 12 de la ley 153 de 1887, si la norma reglamentaria no fuera contraria a la ley y, ya quedó visto con arreglo al artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979, el Jefe de Distrito Educativo no es un cargo directivo *docente*. Luego, el reglamento no podía establecerlo así.

La Sala concluye, entonces, que el cargo de Director de Distrito Educativo que desempeñó el actor, por no ser directivo docente en los términos del artículo 32 del decreto 2277 de 1979, es de carácter administrativo y consecuentemente quien lo desempeña se rige por las normas de los empleados públicos distintos de los docentes, como lo dispone el artículo 35 ibídem.

Al no regirse el demandante en el cargo del cual fue desvinculado por las normas que el decreto 2277 de 1979 establece para los docentes, no podía ampararlo su artículo 31 del cual pretende derivar su derecho impetrado".

3.- En relación con la desviación de poder alegada por el libelista, la Sala anota que procesalmente no aparece ningún elemento de juicio en orden a demostrar que el motivo que tuvo el nominador al expedir el acto acusado fuera contrario al buen servicio público, que debe guiar el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le confiere para nombrar y remover a quienes no tienen fuero de carrera ni ejercen el cargo por un período determinado.

De conformidad con lo razonado, la Sala revocará en su integridad la sentencia apelada y, en su lugar, declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva, formulada por la Nación y negará las pretensiones de la demanda en relación con el Departamento de Antioquia.

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

FALLA:

1.- Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) en el proceso promovido por Jairo de Jesús Montoya Rojas.

2.- Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva formulada por la Nación.

3.- Deniéganse las súplicas de la demanda en relación con el Departamento de Antioquia.

4.- Reconócese personería al Doctor CESAR CABANA FONSECA como apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional- en los términos y para los efectos del memorial de sustitución visible a folio 255.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 16 de septiembre 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.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Como lo ha expresado la Corporación en casos similares al que ahora decide la Sala, "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 los turnos en orden cronológico y de que no hay fondos para entender el pago; no hay allí una respuesta adecuada a la petición sino al aplazamiento de la decisión, con lo cual se configura el silencio de la administración..."

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref: Expediente No. 4158. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: *Javier Alberto Moreno Torres*

Proveniente del Tribunal Administrativo de Nariño, ha llegado a esta Corporación, en grado de consulta, la sentencia de 3 de febrero de 1989, proferida dentro del proceso promovido por JAVIER ALBERTO MORENO TORRES.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominación hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", el señor Javier Alberto Moreno Torres presentó demanda ante el mencionado Tribunal a fin de que se declare nulo el acto tácito mediante el cual el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación del Departamento de Nariño niega por silencio adminis-

trativo el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía definitiva solicitada por el actor.

Como restablecimiento del derecho, pide la parte demandante se condene a dicho Fondo al reconocimiento, liquidación y pago de la comentada prestación social y dar cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria, de conformidad con lo estatuido en las disposiciones pertinentes del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en los cuales se fundamentan las pretensiones del libelo, dice el actor haber prestado sus servicios al magisterio del Departamento de Nariño por más de 16 años; que el retiro del cargo que desempeñaba se produjo por Decreto No. 790 de 4 de septiembre de 1987; que por petición radicada el día 11 de febrero de 1988, previa presentación de los documentos exigidos, oportunamente solicitó al referido Fondo su cesantía definitiva; que por Decreto No. 526 de 7 de agosto de 1986 se creó el Fondo como establecimiento público adscrito a la gobernación del Departamento de Nariño; que desde la fecha en que se formuló la petición han transcurrido más de 90 días, sin que se haya recibido respuesta alguna, configurándose en esta forma el silencio administrativo. (fls. 1 y 2 cdno. ppal).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal del conocimiento accedió a las súplicas del libelo, declaró la nulidad del acto tácito negativo proveniente del silencio administrativo y ordenó a la entidad demandada el pago de la cesantía definitiva en los términos del Artículo 176 del C.C.A. Estima el A-Quo que en el *sub-lite*, como consecuencia del retiro del servicio del actor por renuncia del cargo que ocupaba, tiene derecho al pago de su cesantía, previa aclaración de que en el escrito demandatorio no hubo indeterminación de la cuantía, como lo señala el señor Fiscal del Tribunal, pues se trata de un requisito de forma y no de fondo, por lo que el pronunciamiento del *A-Quo* en este caso no puede ser inhibitorio sino de mérito sobre las pretensiones de la demanda (fls. 26-31 cdno. ppal.).

LA VISTA FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo es de opinión que se confirme la sentencia consultada, pues en el caso *sub-judice* se produjo el fenómeno del silencio administrativo negativo, teniendo en cuenta que a pesar de la contestación que se dio a la petición de 11 de febrero de 1988 no puede hablarse de un acto administrativo que ponga fin a una actuación administrativa, conforme al artículo 50 del C.C.A., ya que su contenido no constituye una afirmación ni una negación sobre la solicitud y porque el actor reunía los requisitos para tener derecho al reconocimiento y pago de la prestación social reclamada. (fls. 37-38 cdno. ppal.).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se afirma en el libelo que el demandante solicitó al Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía definitiva y que transcurrió un término mayor de noventa días sin que se hubiera obtenido respuesta alguna, razón por la cual se configuró el silencio administrativo. (fl. 2 cdno. ppal.).

El Tribunal Administrativo de Nariño y la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado coinciden en el criterio de un pronunciamiento favorable respecto de las pretensiones del actor, teniendo en cuenta que en el caso *sub-judice* en verdad el fenómeno del silencio administrativo aparece configurado.

A folio 25 del cuaderno de antecedentes administrativos, aparece la copia de un oficio de febrero 22 de 1988, mediante el cual se comunica al demandante que su solicitud de cesantía definitiva sería resuelta en el término de tres años, de conformidad con el artículo 40 del Decreto 526 de 1986, que establece un orden cronológico para el pago.

Como lo ha expresado la Corporación en casos similares al que ahora decide la Sala, "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 los turnos en orden cronológico y de que no hay fondos para atender el pago; 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..." (sentencia de diciembre 4 de 1990, expediente No. 4077, consulta-sentencia, Actora: María Saulia Rendón de Narváez, Consejero Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER).

Ahora bien, comparte la Sala el fallo del A-Quo, no obstante que, en casos anteriores, ella había sostenido que no se encontraba debidamente agotada la vía gubernativa, conforme a las disposiciones pertinentes del C.C.A., en razón de que no aparecían en el proceso elementos de juicio sobre la naturaleza jurídica del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño.

Más tarde, la Corporación tuvo la oportunidad de conocer, por otros procesos, que el mencionado Fondo creado por ordenanza No. 01 de septiembre 22 de 1981, fue reorganizado como establecimiento público mediante Decreto Departamental No. 526 de 1986, de donde se deduce que, ante el silencio del citado organismo para la solicitud del actor, no se hace necesario interponer los recursos legales contra la decisión presuntamente negativa de la administración, pues el Fondo carece de superior jerárquico que resuelva la posible apelación, mientras que el recurso de reposición no es obligatorio.

Así las cosas, acreditados a satisfacción los requisitos legales para acceder a la petición de la parte actora, resulta procedente confirmar la sentencia consultada, con la advertencia de que en el caso *sub-lite* no es aplicable el artículo 7° de la Ley 24 de 1947, como lo sostuvo el A-Quo, ya que el actual C.C.A. regula la materia en él contenida y, por consiguiente, excluye la posibilidad de aplicación analógica

de una norma que tiene que ver con trabajadores oficiales y no con empleados públicos, como lo ha definido la Corporación en otras ocasiones.

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 tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala el día 9 de septiembre 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.

PRESTACIONES SOCIALES/PERSONAL DOCENTE/PENSION DE JUBILACION-Reliquidación/**ULTIMO AÑO DE SERVICIOS**

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación ordenan que la prestación mencionada sea equivalente al 75 de lo devengado en el último año de servicio. Tratándose de servidores docentes que por disposición especialísima del legislador están en posibilidad de devengar pensión, aún sin retirarse del cargo, ha surgido el interrogante acerca del cual debe ser tomado como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo. Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha. Claro está que a la pensión liquidada en tal forma sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la Ley 4a. de 1976, sin perjuicio de que el docente solicite y obtenga, cuando se produzca en verdad su retiro, la reliquidación de su pensión, para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *DR. ALVARO LECOMPTE LUNA*

Ref: Expediente No. 1689. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Caja Nacional de Prevision Social - Jose Manuel Avellaneda Bautista.*

La Caja Nacional de Previsión Social mediante apoderado solicitó la nulidad de la resolución No. 7729 de 2 de octubre de 1980, expedida por esa entidad, por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación al señor JOSE MANUEL AVELLANEDA BAUTISTA.

En la demanda se citan como normas violadas con la expedición del acto acusado, los artículos 1o. del decreto 1221 de 1975, 4o. de la ley 4a. de 1966, 73 del decreto 1848 de 1969 y 1o. de la ley 4a. de 1976.

Al exponer el concepto de la violación, la parte demandante señala que el decreto 1221 de 1975 ordenó en su artículo 1o. que a partir del 1o. de julio de ese año se reajustarán en un 33% las pensiones del sector público; que es evidente que el citado decreto debía beneficiar mesadas pensionales liquidadas con base en salarios vigentes en dicho período, pero de ninguna manera podía beneficiar mesadas pensionales que se liquidarán con base en salarios de 1978; que en el caso sub-lite al aplicar tal disposición a una pensión que se liquida con base en el salario de 1978, constituye un manifiesta violación por interpretación errónea; que la resolución impugnada viola los artículos 4o. de la ley 4a. de 1966 y 73 del decreto reglamentario 1848 de 1969, pues el reajuste pensional no podía tampoco beneficiar para los años de 1976 y 1977 una mesada pensional liquidada con base en sueldos devengados en 1978; que en virtud de un privilegio legal, los educadores pueden devengar compatiblemente sueldo y pensión cuando adquieren el status del pensionado, pero que la pensión debe liquidarse con el 75% del promedio de todo lo devengado durante el año inmediatamente anterior a aquel en el cual se hacen acreedores al status; que en esta situación la pensión podrá beneficiarse de los reajustes que establecen las disposiciones nacionales; que lo que repugna la equidad es reajustar pensiones liquidadas con base en salarios que ya se han incrementado con los aumentos periódicos que ordena el gobierno nacional.

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional del acto enjuiciado.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de 30 de enero de 1990, conceptuó que se debe acceder a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada por Corporación en esta materia que es objeto de controversia jurídica en el proceso incoado por la Caja Nacional de Previsión Social.

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, y por auto de 28 de agosto de 1989 se decretó la reconstrucción del proceso.

Llegando el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la liquidación de la pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión al señor José Manuel Avellaneda Bautista, mediante la resolución No. 7729 de 2 de octubre de 1980, aquí acusada, se hizo conforme al derecho.

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación ordenan que la prestación mencionada sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Tratándose de servidores docentes que por disposición especialísima del legislador están en posibilidad de devengar pensión, aún sin retirarse del cargo, ha surgido el interrogante acerca de cuál debe ser tomado como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo.

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha.

Claro está que a la pensión liquidada en tal forma sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la ley 4a. de 1976, sin perjuicio de que el docente solicite y obtenga, cuando se produzca en verdad su retiro, la reliquidación de su pensión, para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

El procedimiento que empleó la Caja para liquidar la pensión del actor, no es, por tanto, el permitido por la ley, por lo siguiente:

a) Según se infiere del texto del acto administrativo acusado, el señor Avellaneda Bautista adquirió su status de pensionado el 15 de septiembre de 1974.

b) Mediante escrito de 11 de octubre de 1979, el mencionado docente solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago de su pensión mensual vitalicia de jubilación por tener la edad requerida y el tiempo de servicios necesarios prestado, como se ha dicho, en el ramo docente de la administración pública.

c) La referida prestación social fue reconocida a partir del 12 de octubre de 1976, por prescripción trienal.

De manera, pues, que el señor José Manuel Avellaneda Bautista tenía derecho a que se le reconociera su pensión de jubilación liquidada en el 75% del promedio devengado en el *último año de servicios*, entendido éste como el inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el derecho, o sea, entre el 15 de septiembre de 1973 y el 15 de septiembre de 1974.

Pese a lo explicado, la Caja Nacional de Previsión liquidó la pensión del señor Avellaneda tomando como base el salario promedio devengado entre el 1o. de enero y el 30 de diciembre de 1978, y a la suma así resultante le aplicó en forma retroactiva desde 1976 el aumento consagrado en el decreto 1221 de 1975 y los señalados anualmente por la ley 4a. de 1976. De allí se concluye que la pensión reconocida resultó indebidamente incrementada.

El acto acusado, por consiguiente, es anulable, pero solo en cuanto atañe al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la Caja no desconoce ni controvierte el derecho del señor Avellaneda a devengar pensión. Y ello obliga a la en-

tidad a liquidar correctamente la prestación porque su reconocimiento así se hizo, continúa en firme y obliga 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:

1o.- Declárase parcialmente nulo el artículo 1o. de la resolución No. 7729 de 2 de octubre de 1980, por la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor José Manuel Avellaneda Bautista una pensión mensual de jubilación, pero sólo en cuanto al monto de la prestación.

2o.- Declárase la nulidad de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la misma resolución.

3o.- Niéganse las demás peticiones de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y, UNA VEZ EJECUTORIADA, ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.- CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 9 de septiembre 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.

INSUBSISTENCIA/SUSPENSION PROVISIONAL-Efectos

La suspensión provisional solo es dable decretarla cuando hay manifiesto y evidente contradicción infringida. Esa vulneración debe surgir palmaria, incontrastable de modo que no se requieran valoraciones fácticas ni análisis de fondo de la controversia. Tratándose de acciones distintas de la de simple nulidad, para que proceda la suspensión provisional "...además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor". Además, como en otras ocasiones lo ha dicho la Sala, no es posible suspender provisionalmente los efectos de un acto que, como el que ordena o implica separación del servicio, ya se cumplieron plenamente pues se terminó la relación laboral, no pudiendo el empleado ser reintegrado al servicio sino mediante sentencia judicial o nuevo nombramiento; y en un auto de suspensión provisional no cabe en manera alguna orden de reintegro.

Cosejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.
Santafé de Bogotá, D.C. cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref. Expediente No. 7302. Apelación Interlocutorios. Actor: *Rómulo Varón Saavedra.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 21 de febrero de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto negó la suspensión provisional solicitada en la demanda.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Rómulo Varón Saavedra pidió al Tribunal anular la resolución 5012 (septiembre 23) de 1991, por medio de la cual el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez —CAR— lo destituyó del cargo de Jefe de Sección 2075-05, Sección de Mantenimiento y Servicios Generales, División de Servicios Administrativos, Subdirección Administrativa y Financiera.

Pidió la suspensión provisional de tal acto argumentando violación manifiesta de los artículos 51 y 56 del Decreto 482 de 1985, 140 del C. de P.C. y 170 del C.C.A., por cuanto la Procuraduría General de la Nación está facultada para iniciar en cualquier momento una investigación disciplinaria que es prevalente. También porque el acto acusado fue proferido por funcionario incompetente, no está debidamente motivado y se violó el debido proceso.

El Tribunal negó la medida provisoria al no encontrar que fuera flagrante la violación de las normas invocadas ni probado el perjuicio sufrido.

Inconforme con tal decisión el actor apela sustentando el recurso en que el perjuicio consiste precisamente en haber sido destituido e inhabilitado para ejercer cargos públicos. En que el funcionario que profirió el acto acusado no tenía competencia porque la Procuraduría había decidido asumir la investigación, y en que, según él, la motivación no es correcta. En resumen, las mismas razones aducidas en la solicitud de suspensión provisional.

Se desata la apelación, previas estas

CONSIDERACIONES:

Como es sabido, la suspensión provisional solo es dable decretarla cuando hay manifiesta y evidente contradicción entre el acto acusado y aquella norma superior que se considera infringida. Esa vulneración debe surgir palmaria, incontrastable, de modo que no se requieran valoraciones fácticas ni análisis de fondo de la controversia.

Tratándose de acciones distintas de la de simple nulidad, para que proceda la suspensión provisional "...además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor". (C.C.A. art. 152-3, subrogado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989).

No se dan en este caso los anteriores supuestos.

En efecto, la alegada incompetencia del funcionario que expidió el acto acusado no es algo que se observe prima facie frente a las normas que la demanda considera infringidas. Para llegar a esa conclusión sería preciso entrar al fondo del asunto, y ello no es viable hacerlo para el solo efecto de la suspensión provisional.

En cuanto a que la resolución controvertida no ha sido motivada, por lo cual contraría ostensiblemente el artículo 51 del decreto 482 de 1985, se observa que sí tiene motivación.

Y en lo tocante a que al demandante no se le hubiera garantizado el debido proceso, es claro que esa afirmación no puede comprobarse o establecerse sino durante el trámite del proceso, y de lo que se pruebe surgirá o no la violación de la norma constitucional que lo consagra.

No aparece tampoco probado, al menos sumariamente, el perjuicio que se pudo haber causado al accionante. Si la ley exige esa prueba es porque debe materializarse. Una cosa es la causa del perjuicio y otra el perjuicio mismo y por eso no puede confundirse con el acto que se acusa.

Además, como en otras ocasiones lo ha dicho la Sala, no es posible suspender provisionalmente los efectos de un acto que, como el que ordena o implica separación del servicio, ya se cumplieron plenamente pues se terminó la relación laboral, no pudiendo el empleado ser reintegrado al servicio sino mediante sentencia judicial o nuevo nombramiento; y en un auto de suspensión provisional no cabe en manera alguna orden de reintegro.

No se dan entonces los requisitos para decretar la suspensión provisional.

Por lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de febrero de 1992, mediante el cual se denegó la suspensión provisional solicitada en demanda que presentó el señor Rómulo Varón Saavedra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por 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.

DEMANDA-Requisitos/**ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO**

La Sala ha tenido oportunidad de deslindar los varios aspectos involucrados en este tipo de situaciones: puede ocurrir que el accionante tenga interés solamente en que "se limpie" su hoja de vida, sin pretender restablecimiento del derecho, como un especie de reparación moral o compensación psicológica, en tanto que, pretendiendo el resarcimiento, debe enjuiciar todos los actos de los que deduce el agravio. En tal virtud, habiéndose demandado únicamente los actos constitutivos de la actuación disciplinaria, quedaría por fuera del control judicial el acto de ejecución en que se materializa la decisión administrativa, lo que impediría el restablecimiento del derecho que en este proceso se está buscando. A la inversa, demandándose solamente el acto de ejecución, no podrían alegarse vicios diferentes de los que a éste corresponden y seguirían en pie las decisiones adoptadas en la tramitación disciplinaria. Ahora bien, dado que el demandante aspira al pleno restablecimiento del derecho, que no se podría lograr sin haberse enjuiciado la Resolución que definió su retiro del servicio, no ha quedado despejado el camino para lograrlo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda.

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

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref. Expediente No. 3926. APELACION SENTENCIA. Actor: *Alfonso Helí Castaño Peláez*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia del 15 de abril de 1988 en que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para resolver el fondo de la litis, dentro del proceso promovido por Alfonso Heli Castaño Peláez en acción llamada entonces de plena jurisdicción, tendiente a obtener la nulidad de los actos proferidos dentro del informativo de carácter disciplinario No. 012-R-1569 que declaró responsable

al actor por faltas constitutivas de mala conducta y ordenó su separación de la Policía Nacional.

Como restablecimiento del derecho, pide el accionante su reintegro al cargo que desempeñaba al momento de la separación o a otro de superior categoría y el pago de sueldos, primas y demás prestaciones así como de los perjuicios morales, que estima en 4.000 gramos oro.

El Tribunal, al desatar la litis, tuvo en cuenta que la demanda se orientaba a obtener la nulidad de las decisiones de primera y segunda instancias del Departamento de Policía de Bogotá y la Dirección General de la Policía Nacional, de fechas 25 de julio y 26 de agosto de 1983, respectivamente, y que en cambio, no se enjuició la Resolución 5736 del 27 de octubre de 1983, por la que la Dirección General de la Policía Nacional dispuso el retiro del actor.

Considera, además, el A-QUO que se incurre en indebida acumulación de pretensiones al impetrarse el pago de perjuicios morales junto con el restablecimiento del derecho, pretensiones que corresponden a dos acciones diferentes. (fls. 154-160).

Al sustentar el recurso, alega el apelante que el proceso se inició en vigencia del Código anterior y que la sentencia se profirió dentro de un proceso viciado de nulidad, aparte de que, conforme al artículo 109 de la Ley 167 de 1941, "en los juicios ante lo Contencioso Administrativo sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción". (fl. 169).

Y concluye:

> "Ruego a la Honorable Magistrada y a la Sala de Decisión por ella integrada que, si no hubiere lugar al recurso de apelación, declare de plano la nulidad alegada, de rango legal y constitucional, puesto que se siguió un procedimiento que no correspondía en la tramitación y proposición de las excepciones". (fls. 166-172).

Refiriéndose al aspecto fáctico, dice que solicitó repetidas veces copia de la providencia que lo separó del cargo, pero jamás le contestaron, y que no podía demandarse "una resolución con fecha, número y todo" si no se le informó sobre ella. Por eso, demandó todos los actos "POR LOS CUALES SE SEPARO EN FORMA ABSOLUTA DE LA INSTITUCION POLICIA NACIONAL".

Agrega que la resolución le fue enviada pero sin constancia de notificación y "no se puede premiar de esta manera el incumplimiento de funcionarios superiores". (fl. 171).

La Fiscalía Quinta de esta Corporación sostiene que la sentencia recurrida se ajusta, en términos generales, a los elementos de juicio que obran en el proceso, y destaca que el accionante no demandó "la proposición jurídica completa", conformada por los fallos de primera y segunda instancias de la Policía Nacional y la Resolución 5736 del 27 de octubre de 1983.

Explica que, dentro del disciplinario que se adelanta contra funcionarios de la Policía Nacional, se presentan dos etapas: "la de imposición de la sanción, que en el *sub-lite* está constituida por los actos que fueron demandados, y la etapa de ejecución de la sanción, que en el asunto bajo examen se materializó mediante la expedición de la Resolución No. 5736 a la que se ha hecho alusión, y que no fue impugnada".

Concluye que no procede un estudio de mérito por cuanto, al no demandarse la Resolución 5736 de 1983 que se encuentra vigente, se hace imposible el restablecimiento del derecho pretendido. (fls. 186-191).

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero definir cuáles son los actos administrativos que, por acarrear agravio al actor, serían enjuiciables, ya que, como lo señala el Ministerio Público, no aparece demandada la Resolución de desvinculación de la institución, aspecto que tuvo en cuenta el A-QUO como fundamento de su decisión inhibitoria.

La pretensión anulatoria, así como la resarcitoria, vienen concebidas en los siguientes términos:

> "PRIMERA: Declarar la nulidad de los actos proferidos y contenidos dentro del informativo de carácter disciplinario No. 012-R-1569 fallado en Primera Instancia por el DEPARTAMENTO DE POLICIA BOGOTA y en segundo por la DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL, adelantado contra el Agente Conductor ALFONSO HELI CASTAÑO PELAEZ por los cuales, en Resolución de fecha 25 de julio de 1983 emanada del Departamento de Policía Bogotá y Resolución de agosto 26 de 1983, emanada de la Dirección General de la Policía Nacional, confirmatoria de la anterior se declaró responsable al precipitado Agente de "faltas constitutivas de mala conducta al tenor del Artículo 125, Literales A y U, del Reglamento de Disciplina y Honor, en concordancia con lo previsto en el Artículo 37 Literal b), numeral 2 del Decreto 609, consistente en: solicitar armamento de dotación y dirigirse en compañía de otros policiales en un vehículo de la SIPEC hacia la Carrera 30 con calle 57 donde interceptaron a unas personas sin causa justificada y las despojaron de esmeraldas. Hechos sucedidos en Bogotá el 28 de noviembre de 1982" y se ordenó su separación en forma absoluta de la Institución Policía Nacional.
>
> SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración por la cual se decida la nulidad de las resoluciones antes mencionadas, ordenar el reintegro del Agente Conductor CASTAÑO PELAEZ ALFONSO HELI al mismo cargo que desempeñaba al momento de su separación o a otro de superior categoría.

TERCERO: Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional a pagar a mi mandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones aumentos dejados de percibir desde el momento en que fue separado de la Institución Policía Nacional por las Resoluciones anuladas, hasta el momento de su reintegro.

CUARTO: Declarar que no existe solución de continuidad en el desempeño del cargo como Agente Conductor de la Policía Nacional de mi mandante, para efectos de contabilización de tiempo, antigüedad, liquidación de primas, prestaciones, cesantías y para el ascenso a que tuviere derecho.

QUINTO: Condenar a la Nación al pago de los perjuicios morales "causados a mi mandante por la depresión espiritual, la pena, el dolor que le causó al verse separado de la Policía Nacional de modo tan injusto, perjuicios que estimo en el valor de cuatro mil gramos oro (4.000), tasado al momento de producirse la sentencia".

SEXTO: Ordenar que lo decidido en la sentencia se cumpla dentro del término que los Honorables Magistrados señalen de acuerdo con la ley". (fls. 5-6).

En el petitum se identifican los actos de informativo disciplinario que fueron premisa de la decisión final de desvinculación. Esta decisión, en cambio, no aparece enjuiciada. Se trata de la Resolución 5736 de octubre 27 de 1983, "por la cual se retira a un personal de Agentes del Servicio activo de la Policía Nacional", en cuyo artículo 1o. se lee:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 37, literal b), numeral 2o. del Decreto 609 de 1977, con la fecha que en cada caso se indica, retírase del servicio activo de la Policía Nacional en forma absoluta por MALA CONDUCTA COMPROBADA, según informativo levantado al respecto al siguiente personal de Agentes: ...

20 de octubre de 1983, CASTAÑO PELAEZ ALFONSO HELI, c.c. 19164746 de Bogotá, no le quedan vacaciones".

...

MG. VICTOR ALBERTO DELGADO MALLARINO
Director General Policía Nacional". (fls. 68-71).

Este es en verdad el acto que materializó la desvinculación del actor bajo la forma de separación absoluta del servicio activo.

En efecto, la actuación disciplinaria se surtió en dos instancias, la primera en el Departamento de Policía BOGOTA, que culminó en el auto No. 041 de julio 7 de 1983, donde se solicita a la Dirección General de la Policía Nacional separar al actor en forma absoluta (fls. 47-52) y la segunda, por razón del recurso de apelación, en la Dirección General, que en providencia de agosto 26 de 1983 confirmó la primera decisión. (fls. 54-56).

Como atrás se anotó, el actor solamente impugnó estas dos decisiones, omitiendo hacerlo para la Resolución No. 5736 de octubre 27 de 1983 "por la cual se

retira a un personal de Agentes del servicio activo de la Policía Nacional", entre ellos al accionante en este proceso. (fls. 68-71).

Frente al fallo inhibitorio del A-QUO, alega al sustentar el recurso de alzada que "solicitó repetidas veces copias de la providencia por la cual fue separado del cargo" y que "jamás le contestaron".

Y agrega:

> "Cómo podía demandarse una resolución con fecha, número y todo, si jamás informaron a mi mandante sobre ella?
>
> La Honorable Magistrada a quien le correspondió en primera instancia este proceso, solicitó repetidas veces la susodicha resolución y no la enviaron ... Al fin la enviaron ilegible y hubo de repetir la solicitud. Si este desacato, esta displicencia la comenten con un funcionario de tan altas calidades, qué atención le prestarían a un pobre Agente, destituido por mala conducta, teniendo en cuenta la omnipotencia de los superiores?
>
> Así lo manifesté en el folio 6 de mi demanda y acogiéndome al artículo 86 del antiguo Código, pedí que se solicitara la resolución". (fls. 166-172).

Ahora bien, en el escrito de la demanda, que obra a folios 5 a 12, lo que solicita es "copia de los actos demandados... concretamente de la Resolución 26 de agosto de 1983" (fl. 10), acto por el cual se decidió el recurso de apelación y que es diferente de la Resolución No. 5736 de octubre 27 de 1983. De otra parte, no figura ésta entre "los actos demandados" a que se alude en esta oportunidad.

Cabe observar, finalmente, que, a la fecha de presentación de la demanda, diciembre 19 de 1983 (fl. 12), ya se había notificado la Resolución 3726, que lo fue en noviembre 8 de ese año, según el documento de folios 72 a 75 y la constancia enviada por la Sección de Archivo General a solicitud de la Sala. (fls. 192-197).

Es natural que el accionante haya demandado los dos primeros actos por los que se adelantó la acción disciplinaria, pero también debió haber enjuiciado la medida en que culminó el proceso administrativo.

Ya ha tenido la Sala oportunidad de deslindar los varios aspectos involucrados en este tipo de situaciones: puede ocurrir que el accionante tenga interés solamente en que "se limpie" su hoja de vida, sin pretender restablecimiento del derecho, como una especie de reparación moral o compensación psicológica, en tanto que, pretendiendo el resarcimiento, debe enjuiciar todos los actos de los que deduce el agravio.

En tal virtud, habiéndose demandado únicamente los actos constitutivos de la actuación disciplinaria, quedaría por fuera del control judicial el acto de ejecución en que se materializa la decisión administrativa, lo que impediría el restablecimiento del derecho que en este proceso se está buscando. A la inversa, demandándose solamente el acto de ejecución, no podrían alegarse vicios diferentes de los que a éste corresponden y seguirían en pie las decisiones adoptadas en la tramitación disciplinaria.

Ahora bien, dado que el demandante aspira el pleno restablecimiento del derecho, que no se podría lograr sin haberse enjuiciado la Resolución que definió su retiro del servicio, no ha quedado despejado el camino para lograrlo.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del quince (15) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso adelantado por ALFONSO HELI CASTAÑO PELAEZ contra la Nación-Policía Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 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.

SINDICATO/PERSONERIA JURIDICA/ACTO ADMINISTRATIVO/ PRESUNCION DE LEGALIDAD

La lista que ha servido de fundamento a la actora para impetrar la nulidad del acto tiene la fecha del 12 de noviembre de 1988, y ella enumera personas que son trabajadoras oficiales y otras que, supuestamente, son empleadas públicas. De manera que como lo anota el colaborador fiscal del estrado, que posteriormente a la constitución del sindicato se hayan afiliado algunas o muchos de estos servidores, pero, obviamente, ello no puede afectar ninguno de los atributos que son propios del acto administrativo en sí considerado. Podrían ser situaciones fácticas, tal vez irregulares en el momento en que cada una de ellas se produjeron o tuvieron ocurrencia, pero que no aparecen demostradas existieran cuando se constituyó la organización sindical ni cuando se produjo la emisión de la resolución de marcas. Así las cosas, la presunción de legalidad, al no haber pruebas coetáneas, se mantiene incólume, y habrá que denegar las peticiones de la parte actora.

Deniega las súplicas de la parte actora.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 4018. Resoluciones Ministeriales. Actor: *Alcaldía Mayor del Municipio de Quibdó*

Procede la Sala en sede de única instancia, a decidir el proceso instaurado, por conducto de apoderado, por el Municipio de Quibdó en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 14 del decreto 2304 de 1989.

1o. DEMANDA:

"Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 05062 del 11 de septiembre de 1979, que le concede Personería Jurídica al Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Quibdó. En consecuencia, se ordene la disolución y liquidación el Sindicato en referencia".

2o. LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

Como cuestión fáctica se reseña en la demanda:

"PRIMERO.- En el Municipio de Quibdó se gestó la agrupación de empleados oficiales que prestaban sus servicios a la Administración Municipal, proceso éste que culminó con la constitución de un Sindicato que en su momento se denominó "SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DEL MUNICIPIO DE QUIBDO". La denominación citada está errada, habida cuenta de que a la luz de las normas que constituyen el Régimen Jurídico de los Empleados, son trabajadores oficiales los que presten los servicios en forma directa e inmediata tendiente a la construcción y mantenimiento de obras públicas, obsérvese que la denominación "SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DEL MUNICIPIO DE QUIBDO", en este orden solamente debe agrupar única y exclusivamente trabajadores oficiales; es decir, personas que ejerzan oficios propios según la naturaleza del Sindicato y la labor que desempeñen los empleados; mas no a empleados públicos y supuestos trabajadores oficiales, a la vez que es lo que sucede en el caso que nos ocupa.

"SEGUNDO.- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le otorga Personería Jurídica al Sindicato ya citado en abierta contradicción con las normas de Derecho Colectivo que regulan al Sindicato Gremial; puesto que no se puede agrupar bajo este mismo Sindicato a empleados públicos y trabajadores oficiales, de la misma entidad.

"TERCERO.- En hechos anteriores esta organización sindical ha promovido manifestaciones y desórdenes, sin el seguimiento del conducto regular para el efecto, como lo demuestran los hechos presentado el pasado 29 y 30 de marzo del presente año, lo que quedó plasmado en llamada de atención tanto del Alcalde Mayor (7 de abril de 1988), como de la División Departamental del Trabajo.

"CUARTO.- El Municipio de Quibdó no está en contra de la creación de sindicatos, siempre y cuando éstos se ajusten a las formalidades de ley, es de notar una vez más, que contrario a lo consagrado por las leyes laborales, se involucran o se agrupen dentro del presunto Sindicato de Trabajadores, tanto trabajadores oficiales como empleados públicos, tal es el caso que celadores, mensajeras, aseadores se encuentran formando parte no solo del Sindicato, quienes realmente están vinculados a la Administración por nexo administrativo y no por vínculo contractual, ni ejercen labores de

construcción, y mantenimiento de obras públicas, que puede ficcionar dicho contrato laboral.

"QUINTO.- En este orden de ideas, fluye sin mucho esfuerzo y con meridiana claridad, que el Sindicato en cuestión, no solo adolece de vicios de forma, por la calidad de sus integrantes (empleados públicos y trabajadores oficiales, sino también de vicios de fondo, entratándose (sic) de los procesos irregulares que utiliza para elevar sus peticiones.

"Así las cosas, mal puede un organización sindical, presentar, negociar y firmar convenciones colectivas, dado que dicho derecho solo asiste a trabajadores oficiales, quedándole a los empleados públicos la presentación de peticiones respetuosas".

Como normas violadas por el acto impugnado se indican en la demanda, las siguientes: Arts. 356, 357, 401, literal c), 407, 409 del Código Sustantivo del Trabajo; Art. 5o. del decreto 3135 de 1968; decreto 1848 de 1989; arts. 82, 84, 128, 137 y 206 del Código Contencioso Administrativo.

En el desarrollo del concepto de violación, empieza la demanda por referirse a la clasificación que de los sindicatos hace el art. 356, literal c) del Código Sustantivo del Trabajo, haciendo hincapié en que los sindicatos de trabajadores no deben agrupar empleados públicos, lo que no está permitido por el legislador.

Sostiene la demanda que, mediante el acto atacado, se reconoció personería jurídica a un sindicato de trabajadores oficiales, que son aquellos servidores públicos, que de conformidad con el decreto 3135 de 1968, art. 5o., en concordancia con el decreto 1849 de 1969, arts. 1, 2 y 3 están dedicados a la construcción y mantenimiento de obras públicas, luego serían del mismo ramo, profesión, oficio o especialización, de donde concluye, que según la clasificación que hace la norma, sería un sindicato gremial. Y que en el caso del "Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Quibdó", se encuentran afiliados: aseadoras, recorredores, celadores y obreros, correspondiéndoles a éstos últimos, desarrollar trabajos de "escobitas", conductores de carros de basura, medidores de calle, etc., pero en ningún caso, labores de construcción y mantenimiento de obras públicas (que al efecto el municipio contrata con particulares) que de hecho riñe con la denominación de la organización sindical, que sería un sindicato de base, en el cual no habría igualdad entre sus miembros, ya que mientras unos pueden ser cobijados por el fuero sindical y elevar pliegos de peticiones (trabajadores oficiales) los otros gozan de estas prerrogativas (empleados públicos). Y el haber denominado el mencionado sindicato como base, se viola asimismo el orden legal, y la denominación no podría ser la de trabajadores oficiales, sino la de "Empleados oficiales", aunque se abrigue la reserva de que sean trabajadores oficiales. Y de ser empleados públicos, dada la naturaleza de la vinculación y de las labores que desempeñan, la irregularidad es aún más ostensible, y se estaría en un polo opuesto a la denominación del sindicato.

Así, concluye la demanda, que la resolución impugnada, infringe las normas señaladas, que amerita ser anulada, puesto que los afiliados no podían agruparse en tal organización, si se tiene en cuenta que el art. 361 del Código Sustantivo del

Trabajo en su numeral 3o. exige que en el acta de fundación de un sindicato se exprese: la actividad que ejerzan y que vincule a los afiliados, que si en el caso de autos que hubiera tenido en cuenta este aspecto no se habría otorgado la personería jurídica al sindicato de marras.

3o.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En ausencia de alegatos de conclusión de las partes, la Sala pasa a transcribir el concepto de fondo emitido por el Ministerio Público (Fiscal 4o. de la Corporación, visible a folios 48 a 49), en el cual solicita que las súplicas de la demanda sean denegadas, dice así:

> "El acto acusado en parte alguna se refiere a empleados públicos para cobijarlos con la personería jurídica que reconoce, razón por la cual si al mentado sindicato están afiliados empleados públicos ello es irregularidad atribuible, no al acto acusado que, per se, no lo permite, sino a actos de afiliación, éstos sí ilegales, que no aparecen precisados y demandados. Desde luego, al tenor de la prohibición contenida en el art. 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados públicos no tienen derecho a presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero de violentarse tal prohibición, nada tendría que ver en ello el acto acusado y el vicio radicaría en los actos que tramitaran esas peticiones u otorgaran o extendieran beneficios convencionales a empleados públicos..."

Entonces, como no se observan vicios que incidan en la actuación, se entra a desatar la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1o. De la lectura del acto acusado, de fecha 11 de septiembre de 1979, se observa y se deriva de su contenido literal y de sus efectos, que se trata de una emisión de voluntad de una autoridad administrativa, con competencia para dictarlo, que reconoce un *status* y que, por lo tanto, es clasificable en los llamados "actos administrativos declarativos". Siendo, como es, un acto administrativo, se halla revestido de presunción de legalidad, lo que significa que goza de la prerrogativa de validez, de justicia, de verdad, de perfección, por lo cual, en sus motivaciones y en la parte que decide reconocer personería jurídica al sindicato —que forman una unidad jurídica—, ha de situarse el juzgador en el momento mismo en que fue proferido.

2o.- Las motivaciones expresas parten de unos hechos comprobados en la vía gubernativa propia de la solicitud elevada por la organización sindical que acababa de constituirse y, el principal de ellos consiste en que las personas naturales que la fundaron eran trabajadores oficiales del Municipio de Quibdó.

3o.- La lista que ha servido de fundamento a la actora para impetrar la nulidad del mencionado acto tiene la fecha del 12 de noviembre de 1988, y ella enumera

personas que son trabajadoras oficiales y otras que, supuestamente, son empleadas públicas. De manera que es posible, como lo anota el colaborador fiscal del estrado, que posteriormente a la constitución del sindicato se hayan afiliado algunas o muchos de estos servidores, pero, obviamente, ello no puede afectar ninguno de los atributos que son propios del acto administrativo en sí considerado. Podrían ser situaciones fácticas, tal vez irregulares en el momento en que cada una de ellas se produjeron o tuvieron ocurrencia, pero que no aparecen demostradas existieran cuando se constituyó la organización sindical ni cuando se produjo la emisión de la resolución de marras.

4o.- Así las cosas, la presunción de legalidad, al no haber pruebas coetáneas, se mantiene incólume, y habrá que denegar 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:

Deniéganse las súplicas de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A QUIENES CORRESPONDA Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala sesión celebrada el día 16 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.

SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia/**CONCEJO MUNICIPAL/ REANUDACION DE SESIONES**-Improcedencia/**PROYECTO DE ACUERDO** Aprobación

De los documentos públicos anexos a la demanda, se infiere que en la dictación del Acuerdo atacado resulta una manifiesta infracción de las normas superiores reseñadas en el Capítulo de la demanda relativo a la petición de la medida previsoria, tales como el artículo 40 del Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal; de donde se concluye que el Acuerdo demandado no pudo ser aprobado en segundo debate, violándose así el artículo 108 del Decreto 1333 de 1986 (C. de R.M.). Asimismo viola el artículo 56 del Reglamento Interno.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 7145. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: *Germán Barberi Perdomo y Otro*

Decide la Sala de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Ibagué contra el auto de 9 de marzo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima en cuanto suspendió provisionalmente los efectos del acto impugnado, o sea, el acuerdo No. 082 de 20 de diciembre de 1991, emanado del Concejo Municipal de Ibagué; "POR EL CUAL SE ESTABLECE LA ESCALA SALARIAL, LA PLANTA DE PERSONAL Y LAS ASIGNACIONES CIVILES DE LOS EMPLEADOS Y OBREROS DEL MUNICIPIO DE IBAGUE, PARA LA VIGENCIA FISCAL DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS (1992) Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" (Fls. 1 a 23).

Para acceder a la medida provisoria el Tribunal acoge los argumentos expuestos por los demandantes en el Capítulo respectivo del libelo introductorio (fls. 157 a 163).

Dice el Tribunal, que según el Acta No. 045 correspondiente a la sesión del Concejo Municipal del 17 de diciembre de 1991 el Presidente de la Corporación, siendo las 9 y 40 minutos de la noche levantó la sesión porque no había quórum para decidir. Y por esta razón la sesión del Concejo no podía reunirse por expresa prohibición del art. 40 del Reglamento de Régimen Interno (Acuerdo No. 037 de 1986) y, por lo mismo, no pudo habérsele dado segundo debate ese mismo día al proyecto de Acuerdo. Y a términos del artículo 108 del decreto 1333 de 1986, reproducido por el art. 56 de dicho régimen, se dispone que para que un proyecto de acuerdo se convierta definitivamente en acuerdo es necesario ser aprobado en tres debates celebrados en tres días distintos. Así, para el 18 de diciembre cuando el proyecto de acuerdo fue discutido y aprobado no se le pudo haber dado el tercer debate, dado que no se le había dado el segundo. Lo que aparece corroborado, dice el Tribunal, con el propio presidente del gabinete (fl. 105) cuando hace constar que el acuerdo no fue aprobado en segundo debate. Constancia que tiene mérito suficiente por tratarse de un documento público a la luz del numeral 2o. del art. 262 del Código de Procedimiento Civil. Además, que el Presidente de la Comisión de Presupuesto de la misma Corporación también certifica que cuando se levantó la sesión en las horas de la noche del 17 de diciembre, la Comisión no había terminado el estudio y aprobación del proyecto de acuerdo (fl. 55). De otra parte, que en el Acta No. 032 correspondiente a la reunión de la Comisión de Presupuesto del 18 de diciembre, día en que supuestamente se aprobó el proyecto de acuerdo, consta que se discutieron varios proyectos, pero no el correspondiente al proyecto del acuerdo demandado, amén de certificar (fl. 137) el Presidente y el Secretario del Cabildo de que no se hallaron actas en los archivos relacionados con la aprobación en segundo y tercer debate del acuerdo impugnado.

De todo lo anterior concluye el Tribunal, que al hacer la confrontación del acto atacado con el artículo 108 del decreto 1333 de 1986 y los documentos públicos anexos a la demanda en sustentación de la medida provisoria, se llega a la firme convicción de que esa norma desacatada, independientemente de si actuaron concejales principales o suplentes, si hubo o no citaciones, lo mismo que de la hora en que se discutió y aprobó el acuerdo demandado, lo que no está demostrado.

En la sustentación del recurso, después de referirse el apoderado recurrente a los argumentos del Tribunal arguye que resulta incuestionable que el art. 152 del Código Contencioso Administrativo hace aplicables a los hechos que se pretenden demostrar las normas generales sobre estimación de la prueba, razón por la cual su examen y admisibilidad debe encuadrarse dentro de los criterios del juzgador para estimarla y atribuirle valor.

Que en el caso concreto, el Acta No. 045 del Cabildo de Ibagué del 17 de diciembre de 1991, en la cual hace constar que el concejal Germán Barberi Perdomo, Presidente de la Corporación, que levanta la sesión a las 9 y 40 minutos de la noche, quien es justamente la misma persona interesada en impugnar el Acuerdo No. 082 de 1991, lo que resulta por lo menos extravagante para los intereses de la justicia, y quien asimismo lo confecciona y suscribe, cuando lo normal es que su interés debe centrarse al elaborar el documento, aunque público, a que no vaya a estar distante de la verdad real. Dice que lo mismo ocurre con los demás documen-

tos suscritos por el mismo concejal, los cuales llevaron al Tribunal al convencimiento, como se dice, de que al proferirse el acto atacado se desacató el art. 108 del decreto 1333 de 1986, lo que pone en tela de juicio el alcance probatorio de tales documentos, que atribuye el art. 264 del Código de Procedimiento Civil, dado el caso de que es la misma persona que los hace valer, quien los otorga. Y que ese valor debe estar complementado con otras probanzas, las cuales no aparecen en el presente caso.

Termina la sustentación de la alzada con el argumento de que la suspensión provisional decretada contraría la ya elaborada jurisprudencia del Consejo de Estado en casos similares. Al efecto transcribe una providencia de la Sección Quinta de 27 de agosto de 1990 de la cual fue ponente el doctor Jorge Penen Deltiure, en la cual se destaca que la suspensión provisional comporta una excepción al principio de legalidad de que gozan los actos administrativos y, por ello, procede en la acción de nulidad cuando de manera ostensible de la simple comparación entre la norma citada como vulnerada y el acto administrativo acusado, se pueda deducir, prima facie, la transgresión de la misma, sin necesidad de estudio de fondo. Además, hace hincapié, como uno de los extremos sobre los cuales se fundamenta la suspensión provisional se base en los documentos públicos anexos y su estimación como prueba no es la que se acaba de practicar, por cuanto su otorgamiento y confección participa el impugnante del acto, lo que equivale a admitir la posibilidad de que una de las partes tenga el privilegio de elaborar la prueba que le conviene.

SE CONSIDERA:

El acuerdo No. 082 de 20 de diciembre de 1991 del Concejo Municipal de Ibagué, es impugnado a través de la acción objetiva o pública de nulidad contemplada en el art. 84 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el art. 14 del decreto 2304 de 1989), por Germán Barberi Perdomo y Alirio Orjuela Quijano, quienes obran en su propio nombre. Y según el numeral 2o. del artículo 152 de la misma codificación (modificado por el art. 31 del decreto 2304 de 1989), refiriéndose a la suspensión provisional, establece:

> "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".

A continuación pasa la Sala a examinar los documentos públicos anexos a la demanda para establecer si de la confrontación directa con el acto impugnado resulta una manifiesta infracción de las disposiciones invocados como fundamento de la acción instaurada, que amerite la suspensión provisional del acto que viene decretada por el Tribunal.

En el Acta No. 045 (fls. 69 a 72), correspondiente a la sesión del Concejo Municipal de Ibagué del 17 de diciembre de 1991, después del llamado a lista, la Secretaría de la Corporación informa que no hay quórum, por lo que la presidencia

dispuso: "Teniendo en cuenta que no hay quórum se levanta la sesión, y se cita para mañana a las ocho de la noche (8:00) P.M. y a Comisión de Presupuesto a las once de la mañana (11:00) A.M."

Lo anterior aparece corroborado con la constancia (fl. 138) expedida por el Presidente del Concejo en el sentido de: "Que siendo las nueve y cuarenta minutos de la noche (9:40 P.M.), del día diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), procedí, en mi calidad de Presidente del Cabildo a levantar en forma legal y reglamentaria la sesión extraordinaria, por falta de quórum, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 del Acuerdo No. 037 de 1986 (Sobre Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal de Ibagué), no pudiéndose reiniciar una sesión en virtud del art. 40 ibídem. Procediendo, como Presidente del Concejo a citar a sesión para el día dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos y uno (1991), a la hora reglamentaria".

Por su parte el Presidente y Secretario de la Comisión de Presupuesto del Cabildo hacen constar (fl. 79), que durante la sesión de la Comisión celebrada el 18 de diciembre de 1991, a las 12 m., se terminó el estudio del proyecto de acuerdo, ahora demandado, y se rindió el informe para segundo debate en la sesión plenaria del Concejo realizada ese mismo día 18, a partir de la hora reglamentaria (8:00 P.M.).

Según constancia (fl. 105) expedida por el Presidente y Secretario del Concejo, el proyecto de acuerdo, aprobado por el Concejo Municipal en la sesión plenaria realizada el día miércoles dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991) a partir de las ocho (8:00 P.M.) de la noche no es el que corresponde al proyecto de acuerdo distinguido con el No. 082 de 1992 (sic), sino otro totalmente diferente al informe de la Comisión de Presupuesto reunida ese mismo día. Y que en consecuencia el proyecto de acuerdo No. 082 no fue aprobado en segundo debate en la sesión del Concejo realizada después de las ocho de la noche (8:00 P.M.) del día miércoles dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

De otra parte el Acuerdo de marras (fls. 1 a 23) no aparece firmado por el Presidente del Concejo, Germán Barberi Perdomo, sino por Javier Humberto Arbeláez Luna, como presidente de la sesión celebrada el 18 de diciembre de 1991 (fl. 23) y por Jorge Salgado Bejarano como Secretario ad-hoc.

De los documentos públicos relacionados anteriormente y anexos a la demanda, se infiere que en la dictación del Acuerdo atacado resulta una manifiesta infracción de las normas superiores reseñadas en el Capítulo de la demanda relativo a la petición de la medida provisoria, tales como el art. 40 del Reglamento de Régimen Interno del Concejo Municipal de Ibagué (Acuerdo No. 037 de 1986) que dice: "No podrá reanudarse una sesión que hubiere sido levantada legal y reglamentariamente". De donde se concluye que el Acuerdo demandado no pudo ser aprobado en segundo debate, violándose así el art. 108 del decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), que reza: "Para que un proyecto sea acuerdo debe aprobarse en tres debates, celebrados en tres días distintos, además debe

haber sido sancionado y publicado". Asimismo viola el art. 56 del Reglamento Interno que reproduce literalmente el art. transcrito del decreto en cita.

Todo lo anterior lleva a concluir que el Acuerdo impugnado no pudo ser aprobado en segundo y tercer debate, como así lo certifican (fl. 137) el Presidente y Secretario del Concejo, cuando dicen que después de revisar los archivos correspondientes a las actas de las sesiones ordinarias y extraordinarias, no se encontraron las que hacen relación a la aprobación del proyecto de acuerdo en tales debates.

Con relación a lo argumentado por el apoderado recurrente de que el Acta No. 045 (fls. 69 a 72), que se aporta como prueba de la ilegalidad del Acuerdo demandado, esté suscrita por el Presidente del Cabildo, Germán Barberi Perdomo, quien ahora es uno de los demandantes, la Sala no ve incompatibilidad alguna, ya que lo afirmado en la demanda es que después de levantada la sesión algunos concejales continuaron sesionando, terminando por aprobar el proyecto de acuerdo. Además que la impugnación es a través de la acción pública de nulidad, que según las voces del art. 84 del Código Contencioso Administrativo puede instaurar toda persona, sin excepción ninguna, ya directamente o por medio de apoderado, amén de que el único interés que persigue la acción es el restablecimiento de la legalidad.

Con base en los planteamientos anteriores la Sala confirmará la providencia apelada.

POR LO EXPUESTO, SE RESUELVE:

1o.- Confírmase el auto de 9 de marzo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2o.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala Plena celebrada el día 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.

SENADO DE LA REPUBLICA/MESA DIRECTIVA-Facultades/**INSUBSISTENCIA**-Procedencia

En el caso *sub-judice*, no se demostró por la parte actora dentro de la oportunidad procesal idónea que para la fecha de expedición del acto acusado que desvinculó a la demandante del empleo que desempeñaba, ya estaba provisto el cargo de Director Administrativo del Senado de la República. Por consiguiente, acorde con lo estatuido en el artículo 14 de la Ley 52 de 1978 que le asigna las funciones de nominador de los cargos del Congreso de la República a los Directores Administrativos, no se puede llegar a la conclusión que la Mesa Directiva del Senado carecería de competencia para remover a la actora del empleo que ocupaba en esta corporación al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por uno estar entonces legalmente acreditado en este asunto que a la desvinculación de la demandante estaba ejerciendo sus funciones como tal el Director Administrativo del Senado.

INSUBSISTENCIA

El Senado para el período que se había iniciado el 20 de julio de 1982, la Comisión de la Mesa Directiva de esta Corporación no tenía facultades para nombrar empleados administrativos, según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, si las tenía en forma provisional en lo atinente a los demás aspectos de la administración de personal, entre ellos las de removerlos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., Octubre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Ref: Expediente No. 3709. APELACION SENTENCIA. Actor: *Neyla Inés Ortiz Ariza.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de marzo 11 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por Neyla Inés Ortiz Ariza en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 127 de octubre 19 de 1982, expedida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Mecanotaquígrafa de la Sección de Suministros.

Como restablecimiento del derecho, la demandante pidió ser reintegrada al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir y que se consideren sin solución, de continuidad sus servicios a la administración (folio 4 cdno. ppal).

El a-quo, en la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, pues consideró que para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, vencido el período constitucional para el cual fue designada la actora, era necesario dentro del proceso demostrar que el Director Administrativo del Senado de la República había sido nombrado y actuaba en ejercicio de sus funciones; que sobre el particular no se allegó a la actuación judicial prueba regular alguna y oportunamente solicitada; que en la demanda y en el escrito de pruebas de la parte demandante no se pidió la prueba del nombramiento y posesión de aquel funcionario.

Manifiesta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo recurrido:

> "Considera la Sala que estas pruebas no fueron solicitadas por las partes, concretamente por el apoderado de la demandante oportunamente, ni decretadas en el auto que ordenó las pruebas, ni el Magistrado ponente las incorporó en providencia para mejor proveer, por lo que, en las anteriores condiciones no es posible tenerlas en cuenta, ni valorarlas, por no hacer parte legal del juicio, pues dentro del principio general probatorio, aplicable al proceso contencioso administrativo, de contradicción, publicidad y necesidad de la prueba, requisitos esenciales para fundamentar la sentencia, éstos no se observaron".

Concluye el *a-quo* exponiendo que en el caso sub-judice no hubo violación de los artículos 20, 16 y 30 de la Constitución Política anterior (folios 158 a 168 ibídem).

En la sustentación del recurso de apelación expresa la recurrente que cuando fue retirada del servicio regía para los empleados del Congreso de la República la Ley 52 de 1978; que no podía la Comisión de la Mesa de esta corporación legislativa invadir funciones de su Director Administrativo sin incurrir en una manifiesta extralimitación de funciones; que la resolución acusada ya había sido anulada por el a-quo en proceso que por similares razones había sido instaurado

por el señor Domingo Antonio Veloza y otros contra la Nación, motivo por el cual la respectiva sentencia tiene fuerza de cosa juzgada, es decir, tiene efectos erga-omnes; que no hay explicación entonces para que el Tribunal del conocimiento caprichosamente profiera sentencias contrarias; que así las cosas debe revocarse la sentencia apelada (folios 172, 173 y 174 *ibídem*).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado estima que el fallo recurrido debe ser confirmado, por los planteamientos hechos en su concepto de fondo de octubre 11 de 1989 (folios 192 y 193 ibídem).

Agotado 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 dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la resolución No. 127 de octubre 19 de 1989, emanada de la Comisión de la Mesa del Senado de la República, mediante la cual fue declarado insubsistente el nombramiento de Neyla I. Ortiz Ariza como Mecanotaquígrafa de la Sección de Suministros de dicha corporación legislativa.

Ahora bien, en el concepto aludido de la agencia del Ministerio Público y que la Sala comparte, se expresa lo siguiente:

> "De la simple lectura de la sentencia impugnada, salta a la vista que los pedimentos impetrados en el libelo inicial fueron negados por cuanto la prueba que hubiese conducido a un pronunciamiento favorable, aparece en el proceso, pero no allegada en alguna oportunidad procesal viable, ni solicitada y menos decretada en el período probatorio, sino al término de éste, solicitándole al Magistrado conductor del proceso que mediante auto para mejor proveer se decretase, pedimento no concedido por el Magistrado. Consecuentemente, la prueba así arrimada al proceso no fue sometida a la contradicción y publicidad de ley, siendo por tanto desestimada y tenidos como no probados los hechos que se pretendía probar (folios 81 a 86, cno. ppal).
>
> Además, estaba asistido de sobrada razón el Tribunal al echar de menos la probanza en cuestión, pues, sin ella, no podía establecer si la Mesa Directiva tenía competencia para remover, en el evento de no estar nombrado y posesionado el Director Administrativo, empleado del Congreso, tal como lo prescribe el segundo inciso del párrafo transitorio del art. 14 de la ley 52 de 1978.
>
> En cuanto al argumento del apelante en el sentido de que la Resolución Acusada ya había sido declarada nula por la jurisdicción contenciosa administrativa, en consecuencia, los efectos de cosa juzgada cubren también su caso, conviene recordarle al recurrente que por haberse dictado fallo en cuestión en proceso de plena jurisdicción (hoy, restablecimiento del derecho) él no tenía efectos erga omnes sino interpartes".

En efecto, en el caso *sub-judice*, no se demostró por la parte actora dentro de la oportunidad procesal idónea que para la fecha de expedición del acto acusado que desvinculó a la demandante del empleo que desempeñaba, ya estaba provisto el cargo de Director Administrativo del Senado de la República.

Por consiguiente, acorde con lo estatuido en el artículo 14 de la ley 52 de 1978 que le asigna las funciones de nominador de los cargos del Congreso de la República a los Directores Administrativos, no se puede llegar a la conclusión que la Mesa Directiva del Senado carecía de competencia para remover a la actora del empleo que ocupaba en esta corporación al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por no estar entonces legalmente acreditado en este asunto que a la desvinculación de la demandante estaba ejerciendo sus funciones como tal el Director Administrativo del Senado.

De allí que, si bien el Senado para el período que se había iniciado el 20 de julio de 1982, la Comisión de la Mesa Directiva de esta corporación no tenía facultades para nombrar empleados administrativos, según lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 52 de 1978, si las tenía en forma provisional en lo atinente a los demás aspectos de la administración de personal, entre ellos, las de removerlos, como se sostuvo en sentencia de la Sala de noviembre 15 de 1991, expediente No. 4066, actor Alonso Henao Ruiz, Magistrado Ponente doctor Alvaro Lecompte Luna.

Asiste, pues, la razón a la apoderada de la Nación (Senado de la República) cuando en escrito que obra a folios 113 a 119 del cuaderno principal expone:

> "Pues bien, en el presente proceso, no obra en autos, procesalmente hablando, la prueba de que el Director Administrativo estaba ejerciendo sus funciones y que había sido nombrado como tal en la fecha en que se declaró insubsistente a la actora.
>
> Digo que no obra procesalmente como quiera que del expediente, de la demanda, de la oportunidad que le permitía la ley para hacerlo, no existe procesalmente, ni por asomo, prueba que demuestre que al momento de expedirse el acto acusado se encontraba el Director Administrativo en ejercicio de sus funciones.
>
> Y hablo de momento procesal y de la verdad de autos, toda vez que lo que no aparece en autos, hablando procesalmente, no existe. Este principio que es fundamental en el Derecho Privado, tiene igual asidero en nuestro derecho Administrativo dado el carácter civilista que le imprimió el Nuevo Código Contencioso Administrativo.
>
> En efecto, la actora, en su momento procesal, no solicitó como prueba ni la aportó PROCESALMENTE documento alguno en donde constara que el Director Administrativo estaba nombrado y ejercía sus funciones en la fecha de expedición del acto acusado. Solicito sí, aportando simples documentos sobre el nombramiento y ejercicio de funciones del Director Administrativo de ese entonces, que el Magistrado profiriera auto para mejor proveer y así arreglara, en su parecer, la falla que adolece su demanda y la actuación procesal debida".

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala proceda a confirmar la sentencia apelada, como lo pide la agencia del Ministerio Público para este asunto.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de marzo de 1988.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó 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.

Actor: Neyla Inés Ortiz Ariza.

MINISTERIO/MINISTRO-Diferencias

Son distintos los significados de las palabras "ministro" y "ministerio". Al paso que por Ministro ha de entenderse "el Jefe de cada uno de los departamentos en que se divide la gobernación del Estado", ministerio tiene un alcance diferente, dado que, según el Diccionario de la Lengua Española, "es cada uno de los Departamentos en que se divide la gobernación del Estado..." Es más, para los propios textos constitucionales, las acepciones aunque guardan estrecha relación entre sí, no son iguales. El "ministro" es, ante todo, un funcionario nombrado libremente por el Presidente de la República, que, en cada negocio particular integra el gobierno con éste, para distribuirle y asignarle los negocios que según la Ley y para que sean órganos de comunicación con el Congreso; en cambio, un "ministerio" es un ramo especial al cual se le señalan determinadas clases de negocios de los que corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional. Siendo el ministro o el jefe superior del ministerio, a él corresponde todo lo que atañe a las políticas sobre los campos que se le hayan asignado por la Ley dentro de la estructura respectiva. El Despacho del Ministro, por consiguiente, es una unidad, la más importante de todas, dentro del ministerio, y ciertos asuntos están adscritos a él y otros a las distintas "divisiones", "direcciones" y "secciones". DECLARA NULA LA FRASE "Delegado del Ministro de Educación Nacional FER", contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1311 de 6 de julio de 1988, expedido por el Presidente de la República y mediante el cual "se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional".

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL/PLANTA DE PERSONAL-Modificación/**FER/DELEGADO DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL**

La Ley 24 de 1988, en su artículo 60 precisó al estructurar lo atinente a la División encargada de los Fondos Educativos Regionales FER, que

en cada "Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá" habría un "delegado" y que ellos serían DELEGADOS DEL MINISTERIO. En cambio, en el decreto reglamentario demandado, en su artículo 2o., se dijo que serían DELEGADOS DEL MINISTRO ante cada uno de los Fondos Educativos Regionales. Habría, pues una contradicción. DECLARA NULA LA FRASE "Delegado del Ministro de Educación Nacional FER", contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1311 de 6 de julio de 1988, expedido por el Presidente de la República y mediante el cual "se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional".

DELEGACION DE FUNCIONES/DELEGADO DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

La delegación —en lenguaje jurídico corriente— es un fenómeno mediante el cual se manifiesta la dinámica y, en virtud del cual un funcionario revestido de autoridad jerárquica, transmite a otro funcionario generalmente de menor rango que aquél una parte de sus atribuciones, con el fin de que lo represente o haga sus veces en desarrollo de las mismas. Comporta por lo tanto, una relación administrativa entre el delegante y delegado, que ha de responder a la estructura jurídica del órgano que, no obstante ser reglas de carácter interno, son normas de derecho, vinculando tanto al órgano que, como a los funcionarios en cuestión. En la Ley 24 de 1988, artículo 60, la denominación Delegado del Ministerio de Educación reviste otra acepción. Se trata del nombre dado a un cargo específico, puesto que al paso que el significado primeramente recordado tiende a conferir temporalmente la misión dada, el cargo se inclina a la perpetuidad, comporta vocación a la continuidad. En otras palabras, ser delegado de alguien para algo envuelve un servicio eminentemente transitorio, por un tiempo definido o indefinido, a fin de que durante él lleve a cabo el cometido propuesto, mientras que si la ley —o la norma en general— determina que un empleo se conozca con el título de delegado, aunque el vocablo sugiera representación, ella se entronca con las funciones determinadas en la ley o en el reglamento para ese cargo. Obsérvese, pues, como el precepto legal otorgó a todos y cada uno de los delegados del Ministerio de Educación Nacional ante los sendos Fondos Educativos Regionales que hubieren de funcionar en cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá el destino primordial de supervisarlos y confió su nombramiento y la fijación de funciones detalladas al Gobierno Nacional, no al Ministro ni al Ministerio. DECLARA NULA LA FRASE "Delegado del Ministro de Educación Nacional FER", contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1311 de 6 de julio de 1988, expedido por el Presidente de la República y mediante el cual "se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 4023. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: *Alfonso López Patiño*

El ciudadano Alfonso López Patiño, en su propio nombre, ha demandado ante esta corporación la declaratoria de nulidad del artículo 2o. del decreto número 1311 del 6 de julio de 1988, expedido por el Presidente de la República y mediante el cual "se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional", haciendo uso, para ello, de la acción que precisa el art. 84 del Código Contencioso Administrativo.

DE LA DISPOSICION DEMANDADA

Dice a la letra:

> Artículo 2o. Creánse en la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional los siguientes cargos:
>
> *Número de cargos:*
>
> Treinta y tres (33).
>
> *Dependencia y denominación del cargo:*
>
> Despacho del Ministro
>
> Delegado del Ministro de Educación Nacional FER."

DE LOS CARGOS CONTRA LA DISPOSICION CUYA NULIDAD SE IMPETRA.

Enumera el actor como normas de carácter superior y violadas por el acto administrativo mencionado, los arts. 3, 4, 5, 7 y 60 de la ley 24 de 1988, debido a que ellos distinguen entre las funciones generales asignadas al *Ministerio* de Educación Nacional como dependencia orgánica administrativa, de las que corresponden al *Ministro* como funcionario, siendo claro que una cosa es aquél como estructurador de la perspectiva orientadora del Presidente de la República en la materia que le está encomendada a él, y otra el *Ministro* como formulador de la política en asuntos de Educación. Además, es claro que el Despacho del Ministro es una de las tres unidades de dirección dentro del organigrama trazado por la dicha ley 24 de 1988, al paso que la Dirección General de Ordenamiento y Coordinación Educativa Regional, de la que antes dependían los "delegados del Ministro de Educación Nacional FER", es sólo una unidad operativa adscrita al Despacho del Secretario General, y que al variar esa ubicación, conviértense dichos "delegados" en empleados que dependen directamente del Ministro, de su libre nombramiento y remoción, sin posibilidades de vincularse a carrera adminis-

trativa o docente para efectos de estabilidad relativa en sus empleos. Además, la Ley habla siempre, al referirse a esos cargos, de *delegados del Ministerio*, al paso que el decreto, en su artículo 2o., habla o se refiere a delegados del Ministro, conceptos muy distintos.

DE LAS MOTIVACIONES DE LA SALA UNITARIA PARA NO ACCEDER A LA SUSPENSION

Expresan lo siguiente:

"Impétrase asimismo en el mismo escrito demandatorio, se suspendan provisionalmente los efectos del acto demandado, por ser él, en opinión del libelista, ostensiblemente violatorio de normas de orden superior, con fundamento en el art. 152 del Código Contencioso Administrativo.

Dice el art. 2o. del decreto No. 1311 de 1988:

"Créanse en la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional los siguientes cargos:

Números de cargos: Treinta y tres (33)

Dependencia y denominación del cargo:

Despacho del Ministro

Delegado del Ministro de Educación Nacional, FER

Código: 3095 *Grado*: 08".

Estima el demandante que tal disposición quebranta manifiestamente el art. 60 de la ley 24 de 1988, que a la letra enseña:

"En cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá, funcionará un Fondo Educativo Regional, administrado por el Jefe de la respectiva entidad territorial y supervisado por un delegado del Ministerio de Educación Nacional.

Parágrafo 4o. Corresponde al Gobierno Nacional el nombramiento y fijación de funciones del Delegado del Ministerio de Educación Nacional"

Y concluye el actor: "Este cambio en la denominación (Delegado del Ministerio a Delegado del Ministro) es trascendental ya que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 61 de 1967, los cargos de los Despachos de los Ministros son de libre nombramiento y remoción".

Ahora bien, para la Sala no basta una sencilla comparación entre la disposición administrativa acusada de la norma superior que, según el peticionario, ha sido manifiestamente quebrantada por aquélla, como lo exige el art. 152 (segundo inciso del Código Contencioso Administrativo. Para llegar a establecer la diferencia o distinción entre *ministerio* y *ministro* a la luz de la Constitución y la ley positiva colombiana, serían necesarias extensas lucubraciones, análisis y estudios que no compadecen en el marco que el Código Contencioso Administrativo ha señalado para una medida tan excepcional como lo es la suspensión provisional de los efectos de un acto, amparado, por lo demás por la presunción de legalidad, que tiene

consigo unos supuestos de verdad, de perfección y de regularidad. Dentro de un mismo título de la Carta (XII) y en su articulado (arts. 132, 133, 134 y 135) se habla de ministerio y de ministros y jefes de departamento administrativo (sic) sin una notoria alinderación entre lo primero y lo segundo, e inclusive se llega a indicar a "los ministros son *órganos* de comunicación del gobierno con el Congreso...", por lo que, se repite, para poder hacer las distinciones indispensables que permitan arribar a la conclusión que solicita el peticionario, serían necesarias largas disquisiciones de tipo doctrinal y jurisprudencial, ajenas, como es obvio, a la naturaleza de la figura de la suspensión provisional.

De suerte que, sin duda, no es procedente decretarla".

DE LA OPOSICION DE LA NACION (MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL)

Básicamente se dirige el alegato de la parte demandada a sostener la sustracción de materia para que se denieguen las pretensiones de la demanda, dado que la Ley 29 de 1989, en su art. 17, sustituyó el parágrafo 4o. del art. 60 de la ley 24 de 1988, que daba pie al actor para que se anulara el art. 2o. del decreto 1311 de 1988. Dicho artículo 17 de la ley 24 de 1989, de manera expresa, cambió el mencionado artículo 60 que hablaba de Delegados del Ministerio, al decir que quedará así: *Corresponde al Ministro de Educación Nacional* el nombramiento y remoción del Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante los Fondos Educativos Regionales y al Gobierno Nacional la asignación de funciones". De modo que, en opinión de la apoderada del Ministerio, toda duda desapareció. Además, agrega:

"En cuanto a los demás artículos que se citan violados, de los que el demandante se vale para argumentar que una es la estructura del Ministerio y otra la estructura del despacho del Ministro, se trata de una teoría carente de todo peso para sustentar la acción incoada, toda vez que la estructura del Ministerio de Educación Nacional es una sola, y el Despacho del Ministro es una unidad de esa estructura.

Esa única estructura tiene lógicamente una única planta de personal que el gobierno puede modificar, creando o suprimiendo empleos en ejercicio de la facultad conferida por el Presidente de la República por el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución Nacional y desarrollada en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978.

La conformación de la planta de personal y cualquier modificación que a ella se haga debe estar de acuerdo a su estructura orgánica.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no fue en nada vulnerada esa estructura orgánica porque la modificación consistió en suprimir unos empleos de una unidad del Ministerio y crearlos en otra unidad del Ministerio, actividad administrativa que como ya se dijo tiene facultad constitucional.

Las demás argumentaciones utilizadas por el demandante son más la manifestación de conveniencias que de razones técnicas o jurídicas.

Sin embargo, de manera simple podemos referirnos a lo que significa la delegación y la relación que debe existir entre el que delega y el delegado.

La delegación implica dar jurisdicción, otorgar representación, designar sustituto.

Estas solas acepciones justifican que el delegado sea persona de absoluta confianza de aquel a quien está representando, en este caso al Ministro de Educación.

Por todo lo anterior, solicito respetuosamente a esa Honorable Corporación no acceder a las pretensiones de la demanda".

DE LA VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Emitida en ponderado y analítico estudio por la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, expresa:

El Decreto 1311 de 1988 (acto acusado) en el artículo 1o. suprimió los cargos de delegados del Ministerio de Educación Nacional —FER— y en el artículo 2o. los creó, pero dependiendo del Despacho del Ministro.

El Decreto 1050 de 1968, señala en el artículo 1o. que los Ministerios forman parte de la rama ejecutiva del poder público, son unidades administrativas que tienden a desarrollar actividades del Estado señaladas en la (sic) Ley, o por el Presidente de la República, conformando con otras entidades los organismos principales de la administración. La dirección de éstos está a cargo del Ministro, como Jefe Superior de la Administración (artículo 135 de la Constitución Nacional), con la cooperación del Viceministro y del Secretario General (artículo 10 ibídem), son colaboradores del Presidente de la República en la dirección del Estado.

Lo anterior está significando que los ministerios forman parte de la estructura General del Gobierno a cuya cabeza o dirección se encuentra el Ministro del ramo. Entre las funciones del Ministro se encuentran las plasmadas en la Constitución Nacional, las del artículo 12 del Decreto 1050 de 1968, las del código del Régimen Político y Municipal, etc. Estas se pueden dividir en funciones generales administrativas tales como las señaladas en los artículos 57, 135 y 132 de la Carta y los artículos 10 y 12 del Decreto 1050 de 1968, artículo 75 del Código de Régimen Político y Municipal, etc., y funciones políticas, como las señaladas en el artículo 134 de la Constitución Política.

Cada Ministerio en particular tiene una organización interna señalada en los decretos Ley 550 de 1980 y 1050 de 1968, habiendo sufrido algunos de ellos, modificaciones especiales. Es así como al Ministerio de Educación Nacional, por medio de la Ley 24 de 1989, se le señalaron funciones en el artículo 3o. y en el 4o., se señala la estructura administrativa de la entidad, conformada por las unidades de dirección, de asesoría y Coordinación, adscritas al Despacho del Viceministro; Unidades de Asesoría,

Coordinación, y Operación, adscritas al Despacho del Secretario General, Unidades Operativas adscritas al Despacho del Secretario General, etc.

El artículo 4o. de la Ley 24 de 1988, establece la estructura del Ministerio dentro de la cual se encuentran la distribución de los distintos negocios asignados a este. En la estructura orgánica general se encuentran todas las unidades que lo conforman, las que a su vez se dividen en despachos, oficinas, consejos, direcciones, comités, etc., integrando una sola unidad que es el Ministerio, lo que significa que la estructura orgánica es una sola hecha por la Ley y dentro de la cual se pueden crear y suprimir empleos por parte del Presidente de la República de acuerdo con el artículo 120, 21 de la Constitución Nacional, por ser esta facultad una condición básica para el ejercicio de la función pública.

En el caso en estudio los 33 cargos suprimidos figuraban en el marco general de la estructura del Ministerio, adscritos a la Dependencia Dirección General de Servicios Administrativos o División de Coordinación de los Fondos Educativos Regionales. Esta dependencia por la ley 24 de 1988, quedó como la Dirección General de ordenamiento y Coordinación Educativa Regional (arts. 5,5 y 45 ibídem), conformada por tres divisiones, dentro de las cuales se encuentra la División de Asesoría Financiera y Coordinación de Fondos Educativos Regionales (FER), (art. 48). De acuerdo con el Decreto 088 de 1976 (art. 43) normatividad que regía la estructura del Ministerio, la División de Coordinación de los FER formaba parte de la Dirección General de Servicios Administrativos, y en esta figuraban los Delegados del Ministerio de Educación Nacional —FER—.

En cuanto a si la estructura del Ministerio fue vulnerada por el acto acusado, se tiene que el artículo 74 del Decreto 1042 de 1978, señala que la creación y supresión de empleos con base en el artículo 120 numeral 21 de la Constitución Nacional, corresponde de acuerdo con la norma citada al Presidente de la República, "con arreglo al sistema de clasificación y remuneración fijado en el Decreto" y el artículo 75 del mencionado decreto, se refiere a las plantas de personal de las entidades de la Rama Ejecutiva y ordena que estas "tendrán la planta de personal necesaria para desarrollar cada uno de sus programas presupuestarios de acuerdo con sus funciones y su estructura orgánica y con sujeción a las siguientes reglas:

a) La creación de empleos deberá ajustarse a las normas sobre clasificación y nomenclatura de cargos fijados por este Decreto, al manual general de requisitos mínimos expedido por el Gobierno y al manual descriptivo de empleos de cada organismo.

b) Ningún empleo podrá tener funciones generales distintas a las establecidas en la Constitución, la ley o el manual descriptivo de la entidad para las diferentes clases de cargos, ni remuneración que no corresponda a las señaladas en las escalas salariales fijadas en el presente Decreto.

c) La conformación y reforma de las plantas de personal se harán mediante decreto que llevará las firmas del ministro o jefe del departamento administrativo correspondiente, la del Ministro de Hacienda y Crédito

Público, como certificación de que existe apropiación presupuestaria suficiente para cubrir su costo, y la del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

d) Todos los empleados de la entidad deberán estar comprendidos en la planta de personal".

Aplicando esta norma al caso de autos, se tiene que los cargos suprimidos y creados se hicieron con base en el sistema de la clasificación, nomenclatura y remuneración de la normatividad. Además, los cargos suprimidos que figuraban en el Ministerio, sus funciones, descripción del empleo, remuneración, no sufrieron cambio alguno en el decreto acusado, y por ende, tampoco se alteró la apropiación presupuestal para sufragar su costo. En consecuencia, la estructura del Ministerio no fue vulnerada ya que la modificación interna llevada a cabo se ajusta a derecho.

Lo que sí vale la pena anotar, es que el cambio de denominación de las Direcciones y Divisiones de acuerdo con la ley 24 de 1989 que reestructuró al Ministerio, no se había llevado a cabo, por lo que los cargos suprimidos, figuraban dependiendo de la Dirección General de Servicios Administrativos, División de Coordinación de los Fondos Educativos Regionales, cuyas funciones señala el artículo 43, del Decreto 088 de 1976, así:

"a) Vigilar el cumplimiento de las normas sobre el situado fiscal educativo y sobre el funcionamiento de los Fondos Educativos Regionales. Vigilar asimismo, el cumplimiento de las normas que dicte el Ministerio de Educación sobre el manejo de los Fondos de Servicios Docentes;

b) Asesorar a los delegados del Ministerio ante la Secretaría de Educación y los Fondos Educativos Regionales en el cumplimiento de sus funciones y deberes".

En relación con el cargo de si el empleo era delegado del Ministro o del Ministerio, se tiene que resulta preciso aclarar uno y otro concepto, el Ministerio, es una Unidad Administrativa Principal de la estructura de la administración Nacional, y el Ministro es el jefe de esta, lo que significa que todo lo atinente al Ministerio está bajo su exclusiva responsabilidad sea directa o indirectamente, se trate de las funciones precisas como Ministro o como Jefe del Ministerio. Es posible que en la elaboración del texto del decreto, (art. 1o.), se hubiere anotado Ministro por ministerio, evento que en nada incide sobre la competencia del Presidente de la República para suprimir empleos, como en efecto lo hizo.

En relación con el nombramiento y remoción de los delegados del Ministerio de Educación Nacional ante los Fondos Educativos Regionales, el artículo 17 de la Ley 29 de 1989 por la cual se modifica parcialmente la Ley 24 de 1988, despejó toda duda al respecto, al darle esta atribución al Ministro de Educación Nacional.

De acuerdo con lo expuesto, el Presidente de la República podía suprimir y crear los cargos a que se refiere el acto acusado, por lo que en opinión

de esta Agencia del Ministerio Público, se deben denegar las súplicas de la demanda".

En este estado y no observándose defecto que incida en la validez de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.- Ciertamente que son distintos los significados de las palabras "ministro" y "ministerio". Al paso que por *ministro* ha de entenderse "el jefe de cada uno de los departamentos en que se divida la gobernación del Estado", *ministerio* tiene un alcance diferente, dado que, según el Diccionario de la lengua española, es "cada uno de los departamentos en que se divide la gobernación del Estado..." Es más, para los propios textos constitucionales, las acepciones, aunque guardan estrecha relación entre sí, no son iguales. El "ministro" es, ante todo, un funcionario nombrado libremente por el presidente de la República, que, en cada negocio particular integra el gobierno con éste, para distribuirle y asignarle los negocios que según la ley y para que sean órganos de comunicación con el Congreso; en cambio, un "ministerio" es un ramo especial al cual se le señalan determinadas clases de negocios de los que corresponden a la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel nacional. Los arts. 57, 132, 133, 134 y 135 de la anterior Constitución política y los arts. 115, 206, 207 y 208 de la actual, son bien claros al respecto, aunque no hagan definiciones.

2.- Obviamente que cada ministerio responde a un engranaje, a una organización interna.

En lo atinente al Ministerio de Educación, últimamente han sido, entre otros, los decretos-Leyes 550 de 1988 y su decreto reglamentario 1789 de 1988, y más recientemente, La ley 29 de 1989, febrero 15, que modifica parcialmente lo anterior, y que es reglamentada a su vez por el Decreto 2406 de 1989 —octubre 20—, las normatividades básicas que han señalado esta estructura.

Y es apenas lógico que siendo el ministro el jefe superior del ministerio, a él corresponda todo lo que atañe a las políticas sobre los campos que se le hayan asignado por la ley dentro de la estructura respectiva. El Despacho del Ministro, por consiguiente, es una unidad, la más importante de todas, dentro del ministerio, y ciertos asuntos están adscritos a él y otros a las distintas "divisiones", "direcciones" y "secciones".

3.- En verdad que la Ley 24 de 1988, en su art. 60, precisó al estructurar lo atinente a la División encargada de los Fondos Educativos Regionales —FER—, que en cada "Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá" habría un "delegado" y que ellos serían DELEGADOS DEL MINISTERIO. En cambio, en el decreto reglamentario aquí demandado (el número 1311 de 6 de julio de 1988), en su art. 2o., se dijo que serían DELEGADOS DEL MINISTRO ante cada uno de los Fondos Educativos Regionales. Habría, pues, una contradicción entre lo dispuesto por la Ley y lo dicho en el decreto reglamentario, tal como lo hace notar la parte actora.

4.- Sin embargo, antes de analizar este punto, la Sala debe estudiar si, como lo señala la parte demandada en su alegato de conclusión, hay sustracción de materia por cuanto el art. 17 de la Ley 24 de 1989, de manera expresa, modificó el art. 60 de la Ley 24 de 1988, que daba pie al actor para solicitar la anulación del art. 2o. del decreto reglamentario 1311 de 1988.

El art. 17 de la citada ley 29 de 1989 dice:

> "Corresponde al Ministerio de Educación Nacional el nombramiento y remoción del Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante los Fondos Educativos Regionales y al Gobierno Nacional la asignación de funciones".

Se observa entonces, primeramente, que la norma legal transcrita reitera la denominación que el art. 60 de la Ley 24 de 1988 le dio al cargo: *Delegado del Ministerio de Educación Nacional* y sólo entra a determinar que el nombramiento y remoción del titular corresponde al Ministro y la asignación de funciones al Gobierno Nacional. Además, ante el hecho evidente de que la demanda fue presentada *el 15 de diciembre de 1988*, o sea, *antes* de la expedición de la Ley 29 de 1989, no es posible la inhibición por sustracción de materia que sugiere la apoderada de la Nación, por cuanto a que la acción incoada es la de nulidad (art. 84 del Código Contencioso Administrativo) y ella tiene por finalidad la salvaguardia de orden jurídico objetivo, y es obvio que mientras se halle vigente una norma abstracta dada, ella ha podido producir efectos concretos, como lo ha definido la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación.

De allí, pues, que deba estudiarse la cuestión de fondo y definirla, y de esa suerte concluir si al decir el decreto reglamentario que los funcionarios mencionados *son* DELEGADOS DEL MINISTRO, vulneró o fue más allá de lo que había dicho la ley reglamentada, de que dichos funcionarios eran DELEGADOS DEL MINISTERIO.

5.- La delegación —en lenguaje jurídico corriente— es un fenómeno mediante el cual se manifiesta la dinámica administrativa y, en virtud del cual un funcionario, revestido de autoridad jerárquica, transmite a otro funcionario —generalmente de menor rango que aquél— una parte de sus atribuciones, con el fin de que lo represente o haga sus veces en desarrollo de las mismas. Comporta, por lo tanto, una relación administrativa entre el delegante y delegado, que ha de responder a la estructura jurídica del órgano que, no obstante ser reglas de carácter interno, son normas de derecho, vinculando tanto al órgano como a los funcionarios en cuestión.

Mas en la Ley 24 de 1988, art. 60, la denominación Delegado del Ministerio de Educación reviste otra acepción. Se trata del *nombre* dado a un cargo específico, puesto que al paso que el significado primeramente recordado tiende a conferir temporalmente la misión dada, el *cargo* se inclina a la perpetuidad, comporta vocación a la continuidad. En otras palabras, ser delegado de alguien para algo envuelve un servicio eminentemente transitorio, por un tiempo definido o indefinido, a fin de que durante él lleve a cabo el cometido propuesto, mientras que

si la Ley —o la norma en general— determina que un empleo se conozca con el título de delegado, aunque el vocablo sugiera *representación*, ella se entronca con las funciones determinadas en la ley o en el reglamento para ese cargo.

La Ley 24 de 1988, como se ha visto, dispuso:

> "En cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá, funcionará un Fondo Educativo Regional, administrado por el Jefe de la respectiva entidad territorial y *supervisado* por un *delegado del Ministerio de Educación Nacional*.
>
> .....
>
> Parágrafo 4o.: Corresponde al *Gobierno Nacional* el nombramiento y fijación de funciones del *Delegado del Ministerio de Educación Nacional*" (destaca la Sala).

Obsérvase, pues, cómo el precepto legal otorgó a todos y a cada uno de los *delegados del Ministerio de Educación Nacional* ante los sendos Fondos Educativos Regionales que hubieren de funcionar en cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá el destino primordial de *supervisarlos* y confió su nombramiento y la fijación de funciones detalladas al Gobierno Nacional, no al Ministro ni al Ministerio, lo que corrobora la conclusión a que ha llegado la Sala en este aspecto.

No hay duda, entonces, que el decreto reglamentario 1311 de 6 de julio de 1988 cambió la denominación que la Ley reglamentada (la 24 de ese mismo año) le dio al cargo, y, en consecuencia, ha de atenderse la petición de la demanda acerca de su nulidad.

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

FALLA:

Declárase nula la frase "Delegado del Ministro de Educación Nacional FER", contenida en el artículo 2o. del decreto (reglamentario 1311 de 6 de julio de 1988, expedido por el presidente de la República y mediante el cual "se modifica la planta de personal del Ministerio de Educación Nacional".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1992.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro, Salva Voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Enrique Conti Bautista,* Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO DE EDUCACION/PLANTA DE PERSONAL/FER/ DELEGADO DEL MINISTRO/(Salvamento de Voto).

Si de conformidad con el artículo 10 del Decreto 1050 de 1968; la "dirección de los ministerios corresponde al ministro", la denominación "Delegado del Ministro" no contraría en forma alguna la disposición de la Ley 24 de 1988 (art. 60) referente a que en cada departamento, intendencia, comisaría y Distrito Especial de Bogotá funcionará un Fondo Educativo Regional supervisado por un delegado del Ministro de Educación Nacional, pues la norma legal no está prescribiendo una nomenclatura de cargos, sino asignando la función de supervisión de los Fondos Educativos Regionales al Ministerio de Educación Nacional. Según el artículo 8o. del Decreto 1950 de 1973 la facultad constitucional del Presidente de la República de crear, suprimir y fusionar empleos debe ajustarse a la nomenclatura de los cargos que la Ley señale y en el decreto 1042 de 1978, que es el que establece la nomenclatura de los cargos de los ministerios, tal como fue adicionado por el Decreto 140 de 1985, se encuentra la denominación de "Delegado del Ministro de Educación FER", que es el utilizado por el Decreto 1311 al crear los cargos en la planta de personal del Ministerio de Educación.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

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

Ref: Expediente No 4023 Decretos del Gobierno. Actor: *Alfonso López Patiño*

Con todo respeto disciento de la decisión mayoritaria de la Sala, de declarar nula la frase "delegado del Ministro de Educación Nacional FER" del artículo 2o. del Decreto Reglamentario 1311 de 1988, por las siguientes razones:

Si de conformidad con el artículo 10 del Decreto 1050 de 1968 la "dirección de los ministerios corresponde al ministro", la denominación "Delegado del Ministro" no contraría en forma alguna la disposición de la ley 24 de 1988 (art. 60) referente a que en cada Departamento, Intendencia, Comisaría y Distrito Especial de Bogotá funcionará un Fondo Educativo Regional supervisado por un delegado del Ministerio de Educación Nacional, pues la norma legal no está prescribiendo una nomenclatura de cargos, sino asignando la función de supervisión de los Fondos Educativos Regionales al Ministerio de Educación Nacional.

Según el artículo 8o del Decreto 1950 de 1973 la facultad constitucional del Presidente de la República de crear, suprimir y fusionar empleos debe ajustarse a la nomenclatura de cargos que la ley señale y en el Decreto 1042 de 1978, que es el que establece la nomenclatura de los cargos de los Ministerios, tal como fue adicionado por el Decreto 140 de 1985, se encuentra la denominación de "Delegado del Ministro de Educación FER", que es el utilizado por el Decreto 1311 al crear los cargos en la planta de personal del Ministerio de Educación.

Atentamente,

Dolly Pedraza de Arenas

CLUB MILITAR - Socio

Como el actor fue retirado del servicio activo, el punto de partida para determinar si tiene o no derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar de Oficiales ha de ser la legislación que sobre el tópico regía para esa fecha, es decir, el Decreto 559 de 1986, aprobatorio del Acuerdo 023 de 1985 que adoptó el "estatuto de socios". El artículo 4o. del mismo estableció el requisito de quince (15) años como mínimo como socio activo, para ser admitido como socio efectivo, explicando en el 3o., que son socios activos "Los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo...", es decir que, al tenor de esta última norma, para ser socio activo es necesario tener la calidad de oficial. El actor arguye que estuvo al servicio de la Policía Nacional durante 16 años, 10 meses, 3 días como fluye del certificado obrante. Sin embargo, en ese mismo certificado proveniente de la Secretaria General de la Policía Nacional sólo estuvo catorce (14) años, cuatro (4) meses y veintidós (22) días.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 4125 AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Luis Hernando Monsalve Díaz*

Entra a decidir la Sala la demanda que, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (Art. 85 C.C.A.), instauró el señor Luis Hernando Monsalve Díaz, con el fin de que por medio de sentencia definitiva el Consejo de Estado se pronuncia en el sentido de declarar la nulidad de los actos contenidos en las resoluciones números 298 de 7 de septiembre de 1988 (por la cual la Junta Directiva

del Club de Oficiales de las Fuerzas Militares no admitió como socio efectivo de dicho club) y 301 de 7 de septiembre del mismo año, (que ratificó la anterior).

A manera del restablecimiento del derecho solicita su admisión como Socio Efectivo del Club de Oficiales, con las obligaciones y derechos inherentes a esa calidad, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia y se le expida credencial correspondiente.

ANTECEDENTES:

Como hechos fundamentales de la acción el demandante expone los siguientes:

a) Que fue Mayor de la Policía, institución a la que presto sus servicios durante 16 años, 10 meses, 3 días gozando en la actualidad de la asignación de retiro a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

b) Que dentro del término exigido por los estatutos, presentó solicitud de ingreso como socio efectivo al Club Militar en referencia, la cual le fue negada según acta 298 de 7 de septiembre de 1988.

c) Que con fecha de octubre 15 del mismo año, presentó reposición de esa decisión, la que también le fue negada por medio del acta No. 301 de 7 de diciembre de 1988.

Las normas violadas y el concepto de la violación están expuestos conforme aparece a folios 78 a 83 del expediente.

Al descorrer el traslado de rigor la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado expuso:

> "De acuerdo con la documental obrante a folio 108 encontramos que a pesar de existir un tiempo de servicios de 16 años, 10 meses y tres días, su permanencia como oficial fue de 14 años, 4 meses y 22 días, que lamentablemente no alcanza a ser el tiempo exigido por el Estatuto de Socios (Decreto 559 de 1986, art. 4o. literal a), es decir, quince (15 años).
>
> Luego al no acreditarse los supuestos fácticos exigidos en la norma no puede reconocerse el derecho que ella consagra.
>
> Cosa distinta sucedió en los casos tratados en la Jurisprudencia allegada, en razón de que para esas fechas eran otras las normas vigentes y otros los supuestos de hecho previstos para su aplicabilidad.
>
> Así las cosas, en concepto de esta Agencia Fiscal las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar."

Tramitado el proceso en legal forma sin que se observe defecto que incida en la actuación, debe la Sala proferir sentencia, a lo cual procede de acuerdo a las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. Como el actor fue retirado del servicio activo el 27 de julio de 1988, el punto de partida para determinar si tiene o no derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar de oficiales ha de ser la legislación que sobre el tópico regía para esa fecha, es decir, el Decreto 559 de 1986, aprobatorio del acuerdo 023 de 1985 que adoptó el "estatuto de socios". El art. 4o. del mismo estableció el requisito de quince (15) años como mínimo como socio activo, para ser admitido como socio efectivo, explicando en el 3o, que son socios activos "Los oficiales de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo...", es decir que, al tenor de esta última norma, para ser socio activo es necesario tener la calidad de oficial.

2. Cuentan los autos que el actor arguye que estuvo al servicio de la Policía Nacional durante 16 años, 10 meses, 3 días, como fluye del certificado obrante a fol. 108 de este expediente. Sin embargo, en ese mismo certificado, proveniente de la Secretaría General de la Policía Nacional:

ALTA COMO OFICIAL 05-DC-73 DECRETO No. 2476-73

RETIRO SERVICIO ACTIVO 27-AB-88 DECRETO No. 0698-88

De modo que en su condición de oficial el mayor Monsalve Díaz sólo estuvo catorce (14) años, cuatro (4) meses y veintidós (22) días.

3. Fluye, pues, de lo anterior que siendo ese el motivo que tuvo en consideración la Junta Directiva del Club Militar en no admitir como socio efectivo, dicha decisión se ajustó a derecho, de conformidad con el art. 4o. del acuerdo 023 de 1985, aprobado por el Decreto 559 de 1986, estimando la Sala que no se hace necesario analizar las demás normas de carácter constitucional y legal invocadas en la demanda, ya que no gobiernan en concreto el presunto derecho a ser socio efectivo del Club, puesto, se reitera, este se regía, en ese momento, por el Decreto 559 de 1986. Han de denegarse, por ende, las peticiones de la demanda.

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

FALLA :

Deniéganse las súplicas de la demanda presentada por Luis Hernando Monsalve Díaz contra el Club Militar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 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.

INSTITUTO DE VALORIZACION DEPARTAMENTO DEL TOLIMA/ JUNTA DIRECTIVA-Facultades/**PLANTA DE PERSONAL**-Modificación/ **SUPRESION DE CARGO**-Procedencia

La facultad de suprimir cargos se ejerce sin consideración a condiciones y situación individual de quienes los desempeñan. Otra cosa es que el acto de supresión los afecta directamente e implique, para los de libre nombramiento y remoción la separación del servicio y para los de carrera, un derecho preferencial a ser reincorporados en cargos equivalentes. En lo que concierne a la falta de competencia de la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Departamento del Tolima para suprimir el empleo que desempeñaba el demandante, se encuentra el Decreto No. 276 de marzo 11 de 1981, que crea dicho organismo como un establecimiento público de carácter departamental, adscrito a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento y en su artículo 15, ordinales 3o. y 4o. establece como función de la Junta Directiva de aquella entidad "determinar la estructura administrativa del Instituto y fijar la planta de personal, las funciones y asignaciones del personal...", atribución que implica la de crear, suprimir y fusionar cargos. Estando vigente tal decreto y no habiéndose solicitado su inaplicabilidad por vía de excepción en este proceso, no puede decirse que la Junta Directiva careciera de facultad para suprimir cargos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref. Expediente No. 4395. Autoridades Departamentales. Actor: *Domingo García Trujillo*

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por Domingo García Trujillo contra la sentencia de 17 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES:

El actor controvirtió ante el Tribunal la legalidad del acuerdo No. 02 de 25 de febrero de 1987, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Departamento del Tolima, mediante el cual se suprimieron entre otros, el cargo que desempeñaba el demandante de Secretario E-2, lo cual trajo como consecuencia su desvinculación del servicio.

Como restablecimiento del derecho solicitó el actor se ordene su reintegro a dicho empleo, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, con todos sus aumentos e incrementos en moneda actualizada. Así mismo, que para todos los efectos legales, como inscripción, permanencia y promoción dentro de la carrera administrativa, liquidación y pago de salarios y prestaciones, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del demandante (folio 5 cuad. principal).

LA SENTENCIA APELADA:

El Tribunal del conocimiento, denegó las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que en el caso *sub-lite* no se probó la falsedad del acto impugnado por no haberse expedido en la fecha que se le colocó, sino varios días después; que al estar investida la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Tolima de facultades para determinar la estructura administrativa del organismo y establecer la planta de personal, de tal circunstancia se infiere la atribución de suprimir cargos, que el hecho de que el demandante hubiera solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación, no constituía limitación a la atribución legal de la comentada junta directiva, pues ella no se desarrolló con base en la facultad de libre nombramiento y remoción, ya que los poderes públicos en este asunto se ejercieron acorde con el estatuto del citado instituto, según mandato normativo que lo autorizaba para dicho efecto (folios 219 a 227).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

En el escrito sustentatorio del recurso de apelación (folios 233 y 234), se exponen las razones de inconformidad con el fallo recurrido manifestando que la sentencia peca de extremado laconismo, pues sobre algunos de los tópicos que fueron planteados en la demanda el fallo no hace ninguna referencia; que en particular se aludió a lo atinente a la interpretación de la ley 33 de 1985 sobre retiro de empleados oficiales con derecho a pensión, que no mereció una mínima referencia del a-quo en la sentencia; que de conformidad con el artículo 170 del C.C.A., inciso 1 el fallo debe analizar los hechos de la controversia jurídica, las pruebas, las disposiciones legales y los argumentos de las partes para resolver las peticiones, de manera que no quede pendiente cuestión alguna; que desde hace tiempos no impera entre nosotros el sistema juzgatorio de "verdad sabida y buena fe guardada"; que la sentencia apelada es un buen ejemplo de cómo no se debe administrar jus-

ticia; que aspira la parte recurrente a que en la segunda instancia sí se profieran juicios de valor sobre el mérito de la acción y sus planteamientos.

EL CONCEPTO FISCAL:

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto opina que el fallo apelado debe ser confirmado (folios 241 y 242 cuad. ppal.), pues de la lectura del escrito demandatorio se observa la profunda confusión que existe entre un acto discrecional y un acto reglado como es el acusado en el proceso; que es en la adición del libelo donde atinadamente los cargos planteados tocan con el acto impugnado, aunque no logran configurarse, como lo analizó el Tribunal en la sentencia recurrida.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del acuerdo No. 02 de 25 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Departamento del Tolima, mediante el cual se suprimió, entre otros cargos, el que ocupaba el actor como Secretario E-2 y que originó su retiro del servicio público (folios 2, 3 y 23).

Comparte la Sala el concepto dado por la Agencia del Ministerio Público en este asunto, en cuanto que la sentencia apelada amerita confirmación.

Como lo anota el concepto Fiscal, los argumentos esgrimidos en la demanda inicial aparecen un tanto desenfocados frente a la decisión controvertida que es la de supresión del cargo desempeñado por el actor.

Obviamente la facultad de suprimir cargos se ejerce sin consideración a condiciones y situación individual de quienes los desempeñan. Otra cosa es que el acto de supresión los afecte directamente e implique, para los de libre nombramiento y remoción la separación del servicio, y para los de carrera, un derecho preferencial a ser reincorporados en cargos equivalentes.

Así las cosas, los razonamientos que tienen que ver con la situación particular del empleado no son eficaces en orden a desvirtuar su legalidad.

Ahora bien: los cargos formulados en la corrección de la demanda tampoco están llamados a prosperar.

El relacionado con la inexactitud de la fecha de vigencia del acuerdo acusado, debido a que, según el accionante, el Gobernador no lo firmó el día 25 de febrero de 1987, solo podría prosperar demostrando la falsedad del documento, cosa que no ha ocurrido.

Sobre el particular a folio 150 del expediente aparece constancia suscrita por el Director del Instituto de Valorización de dicho departamento, según la cual "el 25

de febrero de 1987, el señor ex-gobernador del Departamento y Presidente de la Junta Directiva del Instituto, Guillermo Alfonso Jaramillo, firmó el Acuerdo No. 02 de 1987, de la misma fecha". Y a folios 46 a 51 se encuentra el acta No. 2 de la misma fecha firmada por el referido gobernador que sirvió de soporte para que se dictara el acuerdo impugnado. De otra parte, en la declaración rendida por el señor Ignacio Guzmán Martínez (folio 156) se afirma que el acto acusado fue firmado el 25 de febrero de 1987.

Las declaraciones de otros testigos de oídas, entre ellas la de un lotero que ocasionalmente oyó alguna conversación en una oficina, carecen de valor probatorio pues no son fundadas en razones convincentes.

En lo que concierne a la falta de competencia de la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Departamento del Tolima para suprimir el empleo que desempeñaba el demandante, a folios 52 a 61 del expediente se encuentra el Decreto No. 276 de marzo 11 de 1981, que crea dicho organismo como un establecimiento público de carácter departamental, adscrito a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, y en su artículo 15, ordinales 3 y 4, establece como función de la Junta Directiva de aquella entidad "determinar la estructura administrativa del Instituto y fijar la planta de personal, las funciones y asignaciones del personal...", atribución que implica la de crear, suprimir y fusionar cargos.

Estando vigente tal decreto y no habiéndose solicitado su inaplicabilidad por vía de excepción en este proceso, no puede decirse que la junta directiva careciera de facultad para suprimir cargos.

Además, el artículo 305 del Código de Régimen Departamental (Decreto No. 1222 de 18 de abril de 1986) establece que con la aprobación del Gobierno Departamental, las juntas directivas de los establecimientos públicos determinarán las plantas de personal con sujeción a las disposiciones que profieran las asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos.

En lo atinente a la violación de laLey 33 de 1985 por el derecho de pensión de jubilación que tenía el actor, y al desconocimiento de las normas relacionadas con la carrera administrativa, repite la Sala, que estas circunstancias no desvirtúan la legalidad del acto acusado. Además, ni el actor demostró estar escalafonado en carrera administrativa para que pudiera alegar un derecho preferencial a ser reincorporado en cargo equivalente al ser suprimido el que ocupaba, ni le es aplicable por ningún aspecto el artículo 1° de la ley 33 de 1985 porque no fue obligado a pensionarse ni era menor de 60 años cuando se produjo el retiro del servicio por supresión del cargo; en esa fecha tenía ya 64, según partida de nacimiento que obra al folio 181.

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 Tolima el 17 de mayo de 1989, dentro del proceso instaurado por el señor Domingo García Trujillo con el fin de obtener la nulidad del acuerdo No. 02 de 25 de febrero de 1987 expedido por la Junta Directiva del Instituto de Valorización del Tolima.

Reconócese personería como apoderado del Departamento del Tolima al doctor César Augusto Solanilla Chavarro, en los términos del poder conferido que obra a folio 243 del expediente.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 23 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

AFIRMACIONES INDEFINIDAS/CARGA DE LA PRUEBA/NEGACION INDEFINIDA

Las afirmaciones o negaciones indefinidas son aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno. En estos casos, de acuerdo a las reglas generales sobre la carga de la prueba, el fardo probatorio se invierte, correspondiéndole a la parte demandada probar el supuesto de hecho contrario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ABUSO DE PODER/RENUNCIA-Inexis- tencia

Le corresponde a la entidad demandada allegar al proceso la existencia de la renuncia. Como ella no aparece, ni hay constancia de su recibo para poder aceptar que fue real su presentación ni existe prueba de haber sido entregada al actor, necesario es concluir su inexistencia, dado que la administración al ser requerida para que la aportara se diluyó en consideraciones relativas a supuestas actuaciones del demandante que ameritaban sanción disciplinaria, desatendiendo por completo el aspecto probatorio tendiente a demostrar la existencia de la tan mencionada renuncia que se dice presentada por el actor, y que sirviera de base al acto que aquí se juzga.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 4442. COMISARIA DEL GUAVIARE. Actor: *José Guillermo Pulido Medina*

Corresponde a la Sala entrar a dictar sentencia en este proceso, llegado en virtud de apelación interpuesta contra el fallo de 18 de mayo de 1989, que dictara el Tribunal Administrativo del Meta, en la que se resolvieron favorablemente las pretensiones de la demanda, excepto la solicitud de reintegro al cargo.

1. DEL PETITUM

Solicitó la parte actora que mediante sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad del decreto No. 047 de 2 de mayo de 1984, por el cual se aceptó la renuncia del actor, Guillermo Pulido Mejía, como alcalde especial de San José del Guaviare.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare que no ha existido solución de continuidad en ejercicio del cargo; que se condene a pagar al demandante los sueldos, primas, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento en que se produjo la aceptación de la renuncia, hasta cuando se produzca su reintegro, con derecho a la actualización del valor de las sumas que deban pagársele, al tenor del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Considera el libelista como normas violadas los arts. 2o., 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política (se refiere a la que dejó de regir el 6 de julio de 1991); 26 y 61 del decreto-ley 2400 de 1968; 110 y 111 del decreto 1950 de 1973, y expone como concepto de la violación lo siguiente:

> "Que los artículos 27 del decreto-ley 2400 de 1968 y 110 y 111 del decreto 1950 de 1973 establecen claramente que el acto de renuncia de un empleado o funcionario de seguir sirviendo un empleo debe presentarse ante la entidad nominadora por escrito y ha de ser libre y espontáneo para que surta efectos en derecho.
>
> Ello nos indica que la ley exige la solemnidad del escrito para que la renuncia tenga por existente y, además, que la voluntad del renunciante se haya expresado libre y espontáneamente, esto es, sin que existan vicios que invaliden esa manifestación de voluntad.
>
> De manera tal que cuando falta la solemnidad del escrito, o a pesar de existir él, la renuncia se ha obtenido por presiones, halagos o cualquier otro medio que violente la libre voluntad del renunciante, dicho acto debe tenerse como inexistente en el primer caso o queda viciado de nulidad absoluta en el segundo, como lo estatuye perentoriamente el artículo 61 del Decreto-Ley 2400 de 1968.
>
> La primera hipótesis legal enunciada se tipifica en el caso *sub-lite* por cuanto el demandante nunca presentó ante la autoridad renuncia del cargo que venía ejerciendo como Alcalde Especial de San José del Guaviare, como quedará demostrado en el debate probatorio. De tal suerte que la autoridad nominadora al expedir el acto administrativo acusado incurrió en

abuso y desviación de poder, ya que dio por presentada una renuncia que jamás existió, distorsionando de esta manera la realidad de lo ocurrido. No le es lícito a la Administración Pública disfrazar de este modo su voluntad, separando arbitrariamente a un funcionario de su cargo so pretexto de haber presentado renuncia, cuando ello no se acomoda a la realidad de lo acontecido, cuando no es cierta esa situación administrativa de renuncia.

Al tenor de lo expuesto, se tiene que con la expedición del acto administrativo se violaron las disposiciones legales arriba invocadas y con ellas las de rango constitucional precitadas, en las cuales las primeras encuentran su fundamento y desarrollo..."

2. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal de Primera Instancia accedió a las pretensiones de la demanda estimando que ante esta negación de carácter indefinido, como lo es la afirmación del actor de no haber renunciado al cargo, la carga probatoria revierte a la entidad demandada, correspondiéndole "probar el supuesto hecho contrario, vale decir, haber aportado el original o copia auténtica del escrito de renuncia, o probado por otros medios su existencia y posterior extravío o pérdida" y como no ocurrió, las carencias probatorias son predicables en perjuicio de la parte demandada, que no se preocupó por probar si existió renuncia escrita por el actor. Sin embargo, se abstuvo de ordenar el reintegro debido a que por la fecha del fallo, se cambió la forma de provisión de los alcaldes, ahora mediante elección popular. Mas sí ordenó el pago de los emolumentos entre la fecha de la anómala aceptación de la renuncia y el comienzo del nuevo período constitucional.

La agencia del Ministerio Público, al descorrer el traslado de ley, estima que por asistirle razón al Tribunal de primera instancia, la sentencia debe ser confirmada.

Cumplido el trámite de rigor y no observándose defecto que invalide la actuación, procede la Sala a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se tiene de autos que en virtud del decreto acusado el comisario del Guaviare desvinculó del cargo al hoy actor José Guillermo Pulido Medina, teniendo en cuenta para ello solicitud de renuncia presentada por el accionante.

El demandante niega haber presentado dicha solicitud, arguyendo por esa razón, que la administración actuó con desviación y abuso de poder.

El agente fiscal del Tribunal sustenta su recurso de apelación, argumentando que por tratarse de una negación definida y concreta, la carga de la prueba incumbía al actor, y que existen indicios en el sentido de que el demandante sí presentó renuncia escrita de su cargo, tales como el decreto de aceptación, el oficio enviado

al demandante por el jefe de personal y la afirmación de que el demandante pidió prestado el oficio de renuncia.

En primer término, ha de establecerse si la afirmación del actor, en el sentido de que él no presentó renuncia, constituye o no una negación de carácter indefinido, a fin de saber a quién corresponde la carga de la prueba, o si, por el contrario, se está en presencia de una negación definida y concreta, como lo estima el recurrente.

Sobre este aspecto han sido unánimes las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado al considerar que las afirmaciones o negaciones indefinidas son aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno. En estos casos, de acuerdo a las reglas generales sobre la carga de la prueba, el fardo probatorio se invierte, correspondiéndole a la parte demandada probar el supuesto de hecho contrario.

De lo anterior puede inferirse que, estando el demandante en la imposibilidad de demostrar que "jamás presentó renuncia del cargo que venía desempeñando", es claro que se está en presencia de una negación de carácter indefinido. Y bueno es recordar que la exoneración probatoria, se deriva del carácter de imposibilidad de producir pruebas cuando se trata de negaciones de este último linaje.

Correspóndele, por ende, a la entidad demandada a llegar al proceso las probanzas tendientes a demostrar el hecho contrario, es decir la existencia de la renuncia. Como ella no aparece, ni hay constancia de su recibo para poder aceptar que fue real su presentación ni existe prueba de haber sido entregada al actor, necesario es concluir su inexistencia, dado que la administración al ser requerida para que la aportara se diluyó en consideraciones relativas a supuestas actuaciones del demandante que ameritaban sanción disciplinaria, desatendiendo por completo el aspecto probatorio tendiente a demostrar la existencia de la tan mencionada renuncia que se dice presentada por el actor, y que sirviera de base al acto que aquí se juzga.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que en este juicio, la decisión administrativa constituye un abuso de poder, cuya sanción según las voces del artículo 84 del C.C.A., es la nulidad del acto correspondiente, por lo que la sentencia recurrida amerita ser confirmada, como en efecto se declarará.

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 18 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en ese asunto.

RENUNCIA-Aceptación/**INSUBSISTENCIA/EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Facultades

La aceptación de la renuncia vencido el término de treinta días en ningún modo restringía la facultad de libre remoción de que está investido el Presidente de la República pues el podía declarar la insubsistencia del nombramiento del actor en cualquier momento, ya en forma expresa, o ya en forma tácita, mediante la designación de otra persona. El hecho de que la aceptación de la renuncia haya sido extemporánea, otorga la opción al funcionario de retirarse o continuar en el ejercicio del cargo, pero obviamente hasta que la autoridad nominadora lo considere conveniente para el servicio público. No adquiere período fijo, ni se convierte en funcionario de carrera administrativa, ni le quita al Presidente su potestad Constitucional frente a los directores de los establecimientos públicos nacionales. No existe norma alguna que prescriba que la falta de aceptación de la renuncia conlleva para el titular del empleo la adquisición de estabilidad permanente o relativa, y menos careciendo el cargo de período fijo para su desempeño.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 3675. ACTOR: *Alberto Gonzalez Murcia.* DECRETOS DEL GOBIERNO

ALBERTO GONZALEZ MURCIA, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad del artículo 1o. del Decreto No. 3459 de 1986, mediante el cual le fue aceptada la renuncia del cargo de Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, "CORTOLIMA".

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 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

Igualmente solicita la nulidad del Decreto 330 de 1987 mediante la cual se nombró Director de "CORTOLIMA" a CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI.

Como hechos en que fundamenta su solicitud el actor, expresa que el Gobierno Nacional no le aceptó la renuncia del cargo dentro de los 30 días siguientes a su presentación, acto que dice haber cumplido el día 8 de septiembre de 1986, ante la Jefatura del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, pues el Decreto No. 3459 en que le aceptó, fue expedido el día 18 de noviembre de 1986.

Agrega el actor que el Decreto 330 de 17 de febrero de 1987, mediante el cual se nombró a CARLOS A. ESTEFAN U., su reemplazo, es improcedente porque al no haberle aceptado su renuncia dentro del término legal, tenía derecho a continuar en el empleo del cual fue retirado.

Como normas violadas cita los artículos 84, 85, 136 a 139 del C.C.A., 16, 17, 20, 26, 39 y 62 de la C.N. (1886), 27 del Decreto 2400 de 1968 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

El Departamento Nacional de Planeación se opuso a las pretensiones del actor por considerar principalmente que los Decretos acusados están amparados por la presunción de legalidad, y ellos fueron expedidos con sujeción al régimen de los empleados públicos, y en particular de los Directores o Gerentes de los establecimientos públicos.

El Director de CORTOLIMA, CARLOS A. ESTEFAN también se opuso a las pretensiones del actor por estimar que al Presidente de la República no le asistía ningún tipo de limitación en la provisión del cargo de Director de ese establecimiento público, y no existía ninguna relación entre el Decreto 3459 de 1986, y el Decreto 330 de 1987, decreto este último mediante el cual él fue designado Director y con el cual puede entenderse que fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante.

En el término de traslado para alegar de conclusión, el Departamento Nacional de Planeación expresó que el Presidente de la República en materia de aceptación de renuncia de sus colaboradores tiene un tratamiento constitucional especial y la ley no puede fijarle plazos o condiciones para su ejercicio.

Estima que si este argumento no se acepta, debe considerarse que el reintegro del actor no es posible porque él permaneció en el cargo hasta que se produjo el Decreto 330 de 1987, mediante el cual se hizo una nueva designación, que implicaba la declaratoria de insubsistencia del demandante.

Finalmente señala que si llegan a prosperar las pretensiones del actor, no se puede ordenar el pago de sueldos y prestaciones sociales, porque el demandante a partir del 13 de marzo de 1987, es profesor de tiempo completo de la Universidad del Tolima.

El actor reitera sus pretensiones y en apoyo de ellas, transcribe varias sentencias del Consejo de Estado, las cuales a su juicio le conceden la razón.

El Director de CORTOLIMA, igualmente estima que al actor no le asiste razón en sus pretensiones y agrega que el demandante no era funcionario de carrera administrativa ni se hallaba amparado por fuero alguno.

El Fiscal Segundo del Tribunal, considera que las pretensiones del actor deben prosperar, pues la renuncia se aceptó luego de 70 días de presentada, y como el dimitente podía continuar en el empleo, el nominador no podía nombrarle reemplazo.

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia declaró la nulidad total de los decretos demandados, ordenó el reintegro del actor, y el pago de sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir, por estimar que la aceptación de la renuncia se hizo en forma extemporánea y como el acto principal está afectado de nulidad, los actos subsiguientes también caen dentro de la misma órbita.

El Departamento Nacional de Planeación, interpuso el recurso de apelación contra esta providencia por estimar que el Tribunal Administrativo no tuvo en cuenta el sujeto sobre el cual recaía el acto administrativo, ni que el Presidente puede en cualquier momento remover a sus agentes.

Señala que al declarar la nulidad del Decreto 330 de 1987, se está limitando la facultad del Presidente de la República, y convirtiendo los dos decretos acusados en una única manifestación de voluntad sin explicar el motivo.

CARLOS A. ESTEFAN U. apela de la sentencia, por estimar que los dos decretos no guardan relación entre sí. El primero, aceptó extemporáneamente una renuncia, nombrando un reemplazo que no aceptó el cargo, y el último, dictado meses después, en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción lo designa como Director de la Corporación. Agrega que el Decreto 330 de 1987 contiene dos actos administrativos: uno expreso, el de nombramiento, y uno tácito, el de insubsistencia del actor.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes reiteran sus argumentos.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicita se revoque la sentencia, y se denieguen las súplicas de la demanda, porque aun cuando están probados los supuestos de hecho del actor, la consecuencia no es la nulidad del decreto, pues tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, la faculta discrecional del nominador, no se enerva por el vencimiento del término para aceptar la renuncia.

Para resolver se considera:

1) El actor solicita la nulidad del artículo primero del Decreto 3459 de 18 de noviembre de 1986, y del Decreto 330 de 17 de febrero de 1987, cuyo texto es el siguiente:

a) Decreto 3459 de 1986:

"(...)"

"*ARTICULO PRIMERO.*- Nómbrase al doctor *AUGUSTO VIDAL PERDOMO*, como Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA, en reemplazo de Alberto González Murcia, cuya renuncia se acepta.

ARTICULO TERCERO.- El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación, y deroga el nombramiento efectuado mediante el Decreto No. 3374 del 28 de octubre de 1986.

PUBLIQUESE, COMUNIQUE Y CUMPLASE

Dado en Bogotá, D.E. a 18 de noviembre de 1986" (se subraya)

b) Decreto 330 de 1987:

"En ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución Política,

DECRETA:

ARTICULO 1o. Nómbrase a *CARLOS ALBERTO ESTEFAN UPEGUI* en el cargo de Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA.

ARTICULO 2o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su *publicación*". (se subraya).

2) El artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886, vigente en la fecha de expedición de los actos acusados, prescribía lo siguiente:

"(...)".

"Plebiscito de 1o. de diciembre de 1957, art. 5o.: *El Presidente de la República*, los Gobernadores, los Alcaldes y, en general, todos los funcionarios que tengan *facultad de nombrar y remover* empleados administrativos, *no podrán ejercerla* sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, *retiro* o despido". (se subraya)

"(...)"

3) El artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968, prescribe lo siguiente:

"Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual *se acepta* la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que

haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro *no podrá ser posterior a treinta (30) días* después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo".

(se subraya)

"(...)"

4) Por su parte el Artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 preceptúa:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de *una nueva* persona implica la *insubsistencia* del nombramiento de quien lo desempeña". (se subraya)

5) De acuerdo con lo expuesto se concluye que el Presidente de la República, debe ejercer la facultad discrecional de nombramiento y remoción de sus colaboradores, en la forma prescrita en la Constitución Nacional y la ley, que para la época de expedición de los actos acusados, estaba contenida en el numeral 1o. del Artículo 120 de la Carta, y del artículo 27 del Decreto Ley 2400 de 1968, para el caso de la aceptación de la renuncia, mandato legal para el cual el legislador no lo había exceptuado de cumplir, y por lo tanto la aceptación extemporánea de la renuncia, lo torna en ilegal y así habrá de declararlo la Sala.

6) No obstante, la Sala debe señalar que la aceptación de la renuncia vencido el término de treinta días en ningún modo restringía la facultad de libre remoción de que está investido el Presidente de la República pues él podía declarar la insubsistencia del nombramiento del actor en cualquier momento, ya en forma expresa, o ya en forma tácita, mediante la designación de otra persona. Dice el artículo 120, numeral 1o. textualmente lo siguiente:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

1o. Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los *Directores o Gerentes de los Establecimientos Públicos Nacionales".*

"(...)"

7) La Sala observa además que el Decreto 330 del 17 de febrero de 1987 que designó al Dr. ESTEFAN como Director de CORTOLIMA no tiene relación de ninguna naturaleza con el término que tenía el nominador para aceptar la renuncia. En este decreto el Presidente solamente se limita a ejercer la facultad discrecional nominadora.

El hecho de que la aceptación de la renuncia haya sido extemporánea, otorga la opción al funcionario de retirarse o continuar en el ejercicio del cargo, pero obviamente hasta que la autoridad nominadora lo considere conveniente para el

servicio público. No adquiere período fijo, ni se convierte en funcionario de carrera administrativa, ni le quita al Presidente su potestad constitucional frente a los Directores de los establecimientos públicos nacionales. Desde esta perspectiva comparte la Sala el concepto de agente del Ministerio Público.

8) Tampoco la afirmación del actor en el sentido que "como el acto principal está afectado de nulidad los actos subsiguientes también caen dentro de la misma órbita..." puesto que el segundo Decreto (D. 330 de 1987) es jurídicamente autónomo, no subalterno del primero. Incluso, agrega la Sala, la causal de retiro es distinta en uno y otro decreto, con tratamiento jurídico diferente, como lo es el de la renuncia y el de la insubsistencia.

9) De esta manera, la apreciación de la demanda en el sentido de que no habiendo el Gobierno Nacional aceptado oportunamente la renuncia al actor, éste no podía luego ser removido en virtud de que había mantenido su derecho a continuar en el desempeño del mismo, pues no existe norma alguna que en estos casos prescriba que la falta de aceptación de la renuncia conlleva para el titular del empleo la adquisición de estabilidad permanente o relativa, y menos careciendo el cargo de período fijo para su desempeño.

Por consiguiente, se concluye que la aceptación de la renuncia al demandante se produjo por fuera del término legal que tenía el Gobierno Nacional para aceptarla, pero sin que éste hubiera perdido la facultad de removerlo del empleo, como en efecto ocurrió mediante el Decreto 330 de 1987, con la designación de un nuevo Director, acto que en el curso del proceso no se demostró que estuviera viciado de nulidad y que por lo tanto habrá de declararse conforme a derecho.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en un todo de acuerdo con la solicitud del Fiscal Cuarto,

FALLA:

PRIMERO: *RECONOCESE PERSONERIA A LOS ABOGADOS GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ Y MARIA CAROLINA RODRIGUEZ EN LOS TERMINOS DE LA SUSTITUCION DEL PODER.*

SEGUNDO: Revócase parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 15 de junio de 1988 y mediante la cual se declaró la nulidad de los Decretos 3459 de 1986 y 330 de 1987, y en su lugar se dispone declarar nulo únicamente el artículo primero del Decreto 3459 de 1986 mediante el cual se aceptó extemporáneamente la renuncia a ALBERTO GONZALEZ MURCIA.

TERCERO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

CUARTO: En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Salvo Voto; *Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA-Aceptación/**RENUNCIA-Efectos/INSUBSISTENCIA**- Improcedencia/ (Salvamento de Voto).

Mediante una renuncia expresamente aceptada y comunicada, no puede en mi sentir interpretarse que un acto administrativo posterior, como lo fue el decreto que nombró al reemplazo del actor, tuvo igualmente la finalidad de declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante. No podía hacerlo, porque mediaba una manifestación de voluntad de la administración, en contrario: la contenida en el decreto que ya había aceptado la renuncia expresamente; y en tales circunstancias mal puede, por vía de interpretación concluirse, sin que la autoridad nominadora lo haya manifestado expresamente, que dicha última voluntad tuvo por finalidad, además de proveer el empleo, dejar sin efectos el acto administrativo que había aceptado la renuncia y, en su lugar, declarar la insubsistencia del nombramiento del dimitente. Tampoco puede concluirse dentro de la perspectiva del fallo objeto de este salvamento, que el acto administrativo de aceptación de la renuncia no existía en la vida jurídica, cuando concluye en la declaración de insubsistencia tácita del nombramiento. Pues el fallo admite la existencia del referido acto administrativo; tanto es así, que lo anula, lo hace desaparecer de la vía jurídica. De otra parte, se debe tener en cuenta que según las voces del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, en armonía con el 113 del Decreto 1950 de 1973, en la renuncia la que queda sin efectos una vez transcurrido el plazo de los treinta días sin que haya sido aceptada. No es el acto administrativo que la aceptó extemporáneamente, el que queda sin efectos; pues éste debe ser acatado, sin perjuicio de que se controvierta ante los jueces su legalidad. Así las cosas, no podía concluirse que el último acto expedido declaró insubsistente el nombramiento de quien ya había sido separado del servicio y solamente esperaba que le recibieran el empleo que venía desempeñando.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Salvamento de Voto

Ref: Expediente No. 3675. Decretos del Gobierno. Actor: *Alberto Gonzalez Murcia*

Con todo respeto por la opinión mayoritaria expresada en la sentencia dictada en el presente proceso, resumo a continuación las razones que me movieron a separarme de la decisión acogida por mis distinguidos colegas:

Sin desconocer que el nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción, como lo era el actor, puede ser declarado insubsistente en cualquier momento sin motivar el acto administrativo que así lo determina, y que tal insubsistencia se produce tácitamente cuando se nombra a otra persona para desempeñar ese empleo, no pueden dejarse de lado las especiales circunstancias dentro de las cuales el actor fue separado del servicio en el caso sub-exámine, ni pueden desconocerse las consecuencias jurídicas que en casos como el presente se derivan de la conducta de la administración.

Obran en el expediente los documentos que acreditan que el actor presentó renuncia de su empleo (folios 6 y 7), la cual le fue aceptada después de haber vencido el término legal de que disponía la autoridad nominadora para el efecto (folio 8), renuncia cuya aceptación le fue comunicada mediante el oficio que obra a folio 9.

Vale decir, que la administración aceptó la renuncia que le fue presentada; y con base en tal determinación, procedió a proveer el empleo vacante.

Siendo ello así, mediando una renuncia expresamente aceptada y comunicada, no puede en mi sentir interpretarse que un acto administrativo posterior, como lo fue el decreto 330 de 1987 que nombró al doctor Carlos Alberto Estefan Upegui en el empleo de Director de la Corporación, tuvo igualmente la finalidad de declarar la insubsistencia del nombramiento del actor. No podía hacerlo, porque mediaba una manifestación de voluntad de la administración, en contrario: la contenida en el decreto que ya había aceptado la renuncia expresamente; y en tales circunstancias mal puede, por vía de interpretación concluirse, sin que la autoridad nominadora lo haya manifestado expresamente, que dicha última voluntad tuvo por finalidad, además de proveer el empleo, dejar sin efectos el acto administrativo que había aceptado la renuncia y, en su lugar, declarar la insubsistencia del nombramiento del dimitente.

Tampoco puede concluirse dentro de la perspectiva del fallo objeto de este salvamento, que el acto administrativo de aceptación de la renuncia no existía en la vida jurídica, como da a entender la providencia, cuando concluye en la declaración de insubsistencia tácita del nombramiento. Pues el fallo admite la existencia del referido acto administrativo; tanto es así, que lo anula, lo hace desaparecer de la vía jurídica. Entonces, si debía anularse, como se anuló, porque fue expedido contrariando el ordenamiento jurídico, ¿cómo se puede dejar de lado o hacer caso omiso de él para concluir que el acto que retiro al demandante no fue éste, sino uno

tácito de aceptación de renuncia? ¿Cómo puede disponerse tácitamente el retiro del servicio de un funcionario que ya había sido retirado, olvidando que la renuncia y la declaración de insubsistencia del nombramiento son dos causales autónomas de separación del servicio y que los actos administrativos son obligatorios mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o derogados por la autoridad que los profirió?

La circunstancia de que el actor no haya hecho dejación del cargo luego de transcurridos los 30 días de presentada la renuncia, aunque legalmente estaba autorizado para ello por el artículo 27 del Decreto extraordinario 2400 de 1968, es signo de responsabilidad propia de un funcionario de la jerarquía del actor, quien como Director General de la entidad y responsable del éxito o fracaso de las actividades del organismo debía esperar que se posesionara su reemplazo para enterarlo del funcionamiento del organismo y del estado de sus diferentes programas. No puede entonces pensarse, que por haber continuado al frente de la entidad luego de haberle sido aceptada la renuncia, tal hecho hubiera tenido la virtualidad de haber dejado sin efectos el acto administrativo que los desvinculó del servicio, por la potísima razón de que dada la obligatoriedad que tienen tales manifestaciones de voluntad del Estado, su cumplimiento no puede depender del arbitrio de los particulares.

De otra parte, se debe tener en cuenta que según las voces del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, en armonía con el 113 del Decreto 1950 de 1973, es la renuncia la que queda sin efectos una vez transcurrido el plazo de los treinta días sin que haya sido aceptada. No es el acto administrativo que la aceptó extemporáneamente, el que queda sin efectos; pues éste debe ser acatado, sin perjuicio de que se controvierta ante los jueces su legalidad. Así las cosas, no podía concluirse que el último acto expedido declaró insubsistente el nombramiento de quien ya había sido separado del servicio y solamente esperaba que le recibieran el empleo que venía desempeñando.

Por las razones expuestas, a mi juicio debió no solamente anularse el acto de aceptación de la renuncia, sino accederse a ordenar el reintegro del demandante y las consecuentes declaraciones y condenas.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA POR CUANTIA

La cuantía de la acción para la fecha de presentación de la demanda, superaba la suma de cincuenta mil pesos, y en tal virtud, el asunto por el factor de la cuantía, correspondía al Tribunal Administrativo en primera instancia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 7186. Actor: *Manuel Guillermo Rocha J.*

Decide la Sala el recurso ordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de julio 31 de 1992.

EL AUTO SUPLICADO:

Mediante la providencia materia del recurso ordinario de súplica, se inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en las siguientes consideraciones:

> El presente proceso se inició antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, pero la apelación de la sentencia se interpuso con posterioridad a éste, de manera que hay lugar a aplicar el Artículo 266 del citado Decreto, que dispone: "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..."
>
> Por esta razón, teniendo en cuenta que por la naturaleza del negocio y de la pretensión, la cuantía se determina en los términos del artículo 131 nu-

meral 6o. literal b) y ésta no excede de $50.000.oo, el negocio es de conocimiento del Tribunal en única instancia y no procede la apelación.

En consecuencia, inadmítese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declárase ejecutoriada la sentencia de 3 de Abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FUNDAMENTO DE LA SUPLICA:

El recurso tiene por objeto que la providencia suplicada sea revocada, y en su lugar, se disponga el trámite del recurso de apelación, correspondiente a la segunda instancia, solicitud que hace con fundamento en las siguientes apreciaciones:

a) Que el auto recurrido, es un interlocutorio dictado por el ponente, el cual es susceptible del recurso ordinario de súplica.

b) Fundamentalmente, el motivo de inconformidad que lleva al suplicante e instaurar el recurso, lo hace consistir en que la providencia recurrida desconoce el principio de las dos instancias, pues el mero reajuste monetario de las cuantías, no puede alterar la litis. Un proceso que se inicia bajo la perspectiva de dos instancias, no puede derivar en uno de única instancia por la sola estabilización monetaria, con tal proceder se desvirtúa el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*.

c) Que el proceso se inició el 8 de octubre de 1982 bajo el régimen previsto en la Ley 167 de 1941 y sus disposiciones complementarias, en especial el decreto 508 (sic) de 1964. Según el artículo 32 numeral 2o. y literal b) de este decreto "Los Tribunales Administrativos conocen... en primera instancia ... De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho) que no provengan de un contrato de trabajo cuando la cuantía de la acción sea o exceda de CINCUENTA MIL PESOS y en los cuales se controviertan actos del orden Departamental,Intendencial, Comisarial o Municipal y el artículo 30 numeral 2o. del mismo decreto establecía "La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que señala la Ley 167 de 1941 y las que lo adicionan o reforman, conoce ... en segunda instancia de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos".

d) Para la época de formulación de la presente demanda, la pretensión del asunto, excedía a mucho de los cincuenta mil pesos.

e) Sustenta el recurso además con la cita y transcripción de algunas providencias, en las cuales la Corporación se ha pronunciado sobre la alteración de la competencia por los reajustes a las cuantías.

Para resolver, se

CONSIDERA:

1) En el presente asunto se controvierte la Resolución No. 1078 de junio 17 de 1982, expedida por el Secretario de Salud Pública de Cundinamarca, por medio de la cual aceptó la renuncia al actor del cargo de Médico Director Nivel Ejecutivo, grupo 05 del Hospital San Rafael de Facatativá de la División de Atención Médica del Servicio Seccional de Salud de Cundinamarca.

2) La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3) Conforme a las reglas de competencia vigentes para la fecha de presentación de la demanda, los Tribunales Administrativos conocían en primera instancia "De las acciones de plena jurisdicción (hoy restablecimiento del derecho) de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción sea o exceda de cincuenta mil pesos y en las cuales se controviertan actos de orden Departamental, Intendencial, Comisarial, Municipal" (lo escrito entre paréntesis fuera del texto).

Esa cuantía fue aumentada por la Ley 22 de 1977, en su artículo 12, en los siguientes términos:

> Art. 12.- Auméntase a tres veces el monto de las cuantías que actualmente señala la ley para efectos de fijar, por razón de dicho factor, la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en los negocios de su competencia.

En consecuencia, para la fecha de presentación de esta demanda, los Tribunales Administrativos conocían en primera instancia, de las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provinieran de un contrato de trabajo, cuando la cuantía de la acción fuera o excediera de ciento cincuenta mil pesos.

El artículo 84 de la Ley 167 de 1941, que señalaba los requisitos que debía contener la demanda, no exigía la estimación razonada de la cuantía, para establecer la competencia, como lo exige el numeral 6o. del artículo 137 del Decreto 01 de 1984.

El artículo 85 de la Ley 167 de 1941, disponía:

> Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará esta con toda precisión, y si se demandan *las prestaciones que se pretenden, ya se trate de indemnizaciones* o la modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda.

Armonizando los artículos 32, numeral 2o., literal b) del Decreto 528 de 1964; artículo 12 de la Ley 22 de 1977 y artículos 84 y 85 de la Ley 167 de 1941, resulta que para la fecha de presentación de la demanda, la cuantía se determinaba ("por la cuantía de la acción"), por el valor de las prestaciones que se reclamaban.

En la demanda, las prestaciones reclamadas se expusieron en los siguientes términos:

TERCERA: Que se ordene el reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a mi Apoderado con la injusta medida administrativa, liquidados conforme a la evolución jurisprudencial que la sanción moral ha tenido en el Consejo de Estado.

A folio 73 del cuaderno No. 3 del expediente, obra una certificación expedida por el Contador del Hospital Regional de Facatativá, en la cual hace constar que el doctor MANUEL GUILLERMO ROCHA JIMENEZ, devengó los siguientes sueldos y prestaciones sociales del 1o. de enero al 15 de julio de 1982.

Sueldos	$ 276.900.oo
Prima de Antigüedad	11.715.oo
Prima Semestral	23.430.oo
Prima de Navidad	25.383.oo

TOTAL RECIBIDO	$ 337.428.oo

Las anteriores apreciaciones, permiten a la Sala afirmar que la "cuantía de la acción", para la fecha de presentación de la demanda, superaba la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS, y en tal virtud, el asunto por el factor de la cuantía, correspondía al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en *primera instancia.*

Con base en las consideraciones que anteceden, conviene ahora precisar si asuntos como el presente, que para la fecha de presentación de la demanda, de acuerdo con las reglas de competencia imperantes, tenía dos instancias, al entrar a regir disposiciones nuevas que varían esas reglas de competencia, deben aplicarse en forma inmediata a los ya iniciados convirtiéndolos en de única instancia en beneficio del principio "a etapa nueva derecho nuevo", o si por el contrario estos se siguen tramitando conforme a las ritualidades que los gobernaban *ab-initio*, en beneficio del principio de la *"perpetuatio iurisdictionis"*.

La Sala Plena de la Corporación, en providencia de febrero 20 de 1990, dictada dentro del expediente R-012, actor: LUIS ALBERTO VALENCIA PEREA, con ponencia del Consejero doctor JAIME ABELLA ZARATE, que cita el recurrente, y que en fotocopia informal adjunta al recurso, decidió que en materia de competencia, esta se conservaba desde el principio del proceso, hasta su culminación. En lo pertinente se dijo:

> No obstante, para la Sala, el problema que formal y aparentemente se refiere a un caso de competencia subjetiva, en el fondo también conlleva el estar involucrado el principio de las dos instancias que se rige a manera de norma general (art. 2o. del Código de Procedimiento Civil) y que caracteriza a nuestros problemas judiciales. Este principio, de raigambre democrática, como se sabe, va contra la concentración de poder en un solo juez y persiguen en el caso especial de esta jurisdicción el doble papel de bus-

> car una decisión más justa cuando es adversa ala del primer juez y la defensa de las entidades públicas, mediante el grado de consulta de las sentencias adversas a ellas. Uno de los efectos de esta perspectiva, es la de que normas que regulan la competencia deben considerarse de trascendencia más amplia que las que se refieren al simple trámite de los procesos. Esto es, que hay algo mas sustancial, cual es el derecho del actor a someter su caso al examen de dos jueces en vez de uno y en el de las entidades públicas, que las condenas a su cargo sean revisadas por el superior. Son estos derechos que se adquieren al iniciarse el proceso y que no están exceptuados ni menguados por el art. 40 de la Ley 153/87 que consagra la prevalencia de la nueva Ley en materia de "sustanciación y ritualidad de los juicios".
>
> Síguese de ahí que el principio en materia de competencia es de la conservación de la adquirida bajo la ley anterior que de antaño es conocido como "perpetuatio jurisdiccionis" y que está fundado implícitamente en el general que en materia de tránsito de legislación consagran los arts. 20-26-28-38-39 y 41 de la citada Ley 153 de 1887...

A lo anterior se agrega el contenido del artículo 265 del C.C.A., modificado por el artículo 4o. del Decreto 597 de 1988, que en lo pertinente dispone:

> La vigencia de los aumentos porcentuales a que se refiere el inciso anterior, no afectará la competencia en los asuntos cuya demanda ya hubiese sido admitida.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE el auto de julio 31 de 1992, mediante el cual se inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- En su lugar, se dispone que al proceso se le imprima el trámite de la segunda instancia.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL-Beneficiarios/**MATRIMONIO/SOCIEDAD CONYUGAL**-Diferencias/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Límites

El actor en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude en demanda contra la expresión "se haya disuelto la sociedad conyugal" o contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989. En capítulo separado de la demanda, solicita la suspensión provisional del acto acusado. En providencia de mayo 20 del año en curso, dictada en el proceso No. 6640. Actor: Dario Vallejo Jaramillo, con ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

En lo pertinente se dijo: "A todas luces, el Decreto Reglamentario aquí demandado, en el fragmento del artículo cuya suspensión provisional se solicita por el ciudadano o 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 artículo 22, Libro IV, del C.C. (art. 180, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley 2820 de 1974); mas ese mismo artículo establece la primera excepción: "Los que se hayan causado 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". 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 artículos 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 del C.C., entre las cuales puede estipularse cláusulas en la que se acuerde la no creación de sociedad conyugal o de bienes", *EN CUANTO A LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL* de la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal.

La providencia citada en el presente auto por medio de la cual se suspende provisionalmente la frase "cuando se haya disuelto la sociedad conyugal" contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989, dictado por el Presidente de la República, y por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 71 de 1988, se encuentra publicada en Anales Segundo Trimestre de 1992.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 7240. Actor: *Guillermo Romero García*

El ciudadano GUILLERMO ROMERO GARCIA, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., acude en demanda contra la expresión "se haya disuelto la sociedad conyugal o" contenida en el artículo 7o. del Decreto 1160 de 1989.

Como la demanda reúne los requisitos formales exigidos en la ley, habrá de admitirse.

En capítulo separado de la demanda, solicita la suspensión provisional del acto acusado, a lo cual advierte la Sala lo siguiente:

En providencia de mayo 20 del año en curso, dictada en el proceso No. 6640, actor: DARIO VALLEJO JARAMILLO, o en ponencia del 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 IV, del Código Civil (art. 180, mod. por el Art. 13 del decreto-ley 2820 de 1974); más ese mismo artículo establece la prime-

ra 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.

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

RESUELVE:

1) *ADMITESE* la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presenta el señor GUILLERMO ROMERO GARCIA.

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 o", contenida en el artículo 7o. 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.

Cópiese Y notifíquese

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de septiembre 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.

Actor: Guillermo Romero García

PROCESO DISCIPLINARIO/DESTITUCION/INCUMPLIMIENTO DE LOS TERMINOS

Las etapas fundamentales del proceso disciplinario que indispensablemente deben adelantarse para aplicar cualquier sanción, se relacionan con el respeto al derecho de defensa. Por consiguiente, es necesario que al funcionario investigado se le formulen cargos, se le brinde la oportunidad de rendir descargos y de solicitar la práctica de pruebas, se pida el concepto de la comisión de personal del organismo, cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias como la destitución que fue aplicada al demandante, con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el termino de tres meses. Una vez revisado el proceso disciplinario adelantado contra el actor por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en dicho proceso se cumplieron los trámites propios que para el efecto señalan las disposiciones legales pertinentes. La Corporación ha dicho que el incumpliento de los términos no despoja de la competencia al funcionario que debe adoptar la decisión, ni genera la nulidad del acto; puede sí, acarrear responsabilidad disciplinaria para el empleado que injustificadamente ha incurrido en mora; y el Decreto 079 de 1978 (artículo 5) atribuye en el literal e) a la Sección de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función de investigar la conducta de los funcionarios a solicitud de las dependencias del Ministerio, disposición de carácter especial, posterior y de superior jerarquía normativa a la señalada por la parte actora en el escrito de corrección y adición del libelo, artículo 155 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 408. DECRETOS DEL GOBIERNO. (reconstrucción Decreto 3825/85).Actor: *Alberto Almanza Flórez*

Habiéndose tenido como reconstruido el proceso iniciado mediante demanda y por conducto de apoderado judicial por el señor Alberto Almanza Flórez en ejercicio de la acción de plena jurisdicción —hoy de "nulidad y restablecimiento del derecho" (artículo 85 C.C.A. decreto-ley 2304 de 1989)— contra los actos administrativos emanados del gobierno nacional que lo desvinculó del cargo de Jefe de División 2040 grado 08 de las Divisiones Delegadas de Presupuesto de la Subdirección de Ejecución Presupuestal de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y habiéndose situado la instancia en el momento de dictación de sentencia, corresponde a la Sala decidir lo que fuere del caso, al no observar existencia de vicio que incida en la actuación.

I. DEL PETITIUM

Según se lee en el libelo, pretende la parte demandante que se declaren nulos los decretos números 2488 de agosto 26 de 1982 y 3008 de octubre 15 del mismo año expedidos por el señor Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante los cuales se destituyó al señor Alberto Almanza Flórez del cargo que venía desempeñando. Impétrase que, como consecuencia de ello, se restablezca al actor el empleo mencionado, o a otro igual o de superior jerarquía, conservando las prerrogativas y los derechos de los funcionarios de carrera administrativa; que se condene a la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) a pagarle los salarios, prestaciones, indemnizaciones, bonificaciones y demás emolumentos que directa o indirectamente se deriven de la relación de trabajo; que se disponga que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del demandante, especialmente para lo atinente al pago de prestaciones y demás derechos.

II. DE LOS HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION

Sobre este aspecto, la parte actora manifiesta que señor Alberto Almanza Flórez ingresó al servicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 31 de julio de 1959 y que al momento de su retiro cumplía las funciones de jefe de visión 2040-08 de la División Delegada de Presupuesto; que estando al servicio de dicho organismo ante el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías se presentó un incidente el 3 de diciembre de 1980, que resumen en los siguientes términos:

> "El 3 de diciembre de 1980, el Técnico de Presupuesto de DAINCO, envió a la División Delegada de Presupuesto de la misma Entidad, una cuenta de cobro para que se tramitara. Esta fue aprobada mediante la cuenta No. 55, y se pasó a la Auditoría para que el señor Auditor la aprobara, pero él sugirió que se hiciera el giro al Arauca por cuanto no había acta de entrega de obra, y fue así como se hizo el giro No. 275 de diciembre 17 de 1980.
>
> "La citada cuenta quedó volando en la Oficina del Auditor, y el 31 de diciembre o principios de enero de 1981, posiblemente, al elaborar la reser-

va de Caja (entre el Auditor y el Pagador), se incluyó esta cuenta (#55), como cuenta pendiente de pago, pero sin observar que para ella no se habían situados fondos, por cuanto éstos ya se habían girado al Arauca para que se pagase allí. Desde el 16 de diciembre de 1980 la reserva fue aprobada por el Auditor; el día 22 de febrero de 1981 se pasó ésta a la División Delegada de Presupuesto para su contabilización, es decir a la Oficina de mi cliente. Allí se contabilizó el total de la reserva por cientos de millones, incluyendo el error de nuestra (sic) que había quedado volando en Auditoría (y que después se detectó como error). El cheque de la cuenta equivocada se giró en la Pagaduría contra el Banco Ganadero, el día 25 de febrero de 1981 y se pagó el día 17 de marzo del mismo año, según el sello que en dicha cuenta se lee. Luego entre el 22 de febrero y el 17 de marzo se descubrió en la División Delegada de Presupuesto, es decir, por mi cliente, que para esa cuenta (No. 55) no existía disponibilidad de fondos, y que en consecuencia la Pagaduría no ha debido girar valor alguno para que se cancelara. Sin embargo, esta cuenta No. 55 se canceló y no fue posible ya retenerla, al descubrir el error.

"Mi poderdante podía haber acusado de este hecho al Pagador, pero no lo hizo y más bien optó por cancelar el giro al Arauca y procurar con la colaboración del Director del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, DAINCO, recuperar el dinero para reintegrarlo a la Pagaduría de dicho Departamento.

"Fue por ello que se hicieron varias llamadas telefónicas y como éstas no surtieron efecto alguno, se le envió la Comunicación DAINCO 340, al señor Intendente del Arauca, suscrita por el Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías y por mi poderdante, donde se le pide que se ordene el reintegro correspondiente al giro No. 275 de 1980 (diciembre 17) y se agregaba: "Lo anterior en razón de que DAINCO tiene obligación de cancelar con esta partida otros compromisos, y de no cumplirse con este reintegro solicitado, nos veríamos en la necesidad de suspender todo giro adicional a la Intendencia del Arauca en la presente vigencia para cumplir con lo exigido por la Ley de Presupuesto".

"Por estas razones, el señor Intendente del Arauca ofreció colaboración para la solución del asunto y dio los pasajes para que mi poderdante y el Pagador de DAINCO viajaran a esa Intendencia. *No sobra advertir que este pago no fue con cargo al Erario, sino fue gentileza y ayuda personal y directa del señor Intendente.* Mi cliente y el Pagador viajaron al Arauca el día sábado 5 de septiembre de 1981, con el propósito de regresar el día siguiente, domingo 6 del mismo mes. *Este regreso no lo pudieron efectuar porque el mal tiempo no se los permitió*, por las condiciones atmosféricas, de las cuales todos somos conocedores y que son frecuentes en esos lugares, lo que configura una fuerza mayor. Por esta razón, mi cliente solo pudo regresar a Bogotá, el día martes en las primeras horas de la mañana para comenzar sus labores en la División Delegada de Presupuesto ante DAINCO a las 8 a.m. De tal modo que su estadía en Arauca fue contra su voluntad.

"4o. En el mes de octubre, ya recuperado el dinero, mi poderdante estuvo en uso de vacaciones y a su regreso fue trasladado a las Oficinas del Ministerio de Hacienda, donde estuvo sin funciones durante los meses de octubre, noviembre y hasta el 18 de diciembre, cuando fue trasladado a la Delegada de Presupuesto ante el DANE. La Administración con éste proceder estaba comenzando una serie de castigos que había de recibir mi poderdante, por haberse equivocado contablemente su Contador Auxiliar inmediato.

"5o. Con oficios 1734 y 1787 de diciembre 14 y 18 de 1981, la Dirección General de Presupuesto, comisionó al señor GUSTAVO SUAREZ M., para que efectuara visita a la Pagaduría y a la División Delegada ante DAINCO, con el fin de verificar el monto y destinación de algunos fondos provee de los Ministerios de Obras y de Gobierno y constatar sobre un viaje llevado a cabo por los Jefes de esas dos dependencias a la Intendencia del Arauca, a fin de reclamar un giro efectuado previamente por dichos funcionarios. El citado visitador envió el informe de su comisión en oficio de enero que consta en 6 folios y el cual se adjunta a la presente.

"6o. Con fecha 3 de febrero de 1982, el Jefe de la Sección de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda, ordenó abrir la investigación administrativa correspondiente, fijando un termino de instrucción de 30 días hábiles y prorrogables por igual término, con el fin de determinar posibles irregularidades cometidas por los funcionarios Alberto Almanza Flórez y... además designó como investigadora a la Dra. Flor Beltrán Sierra, quien el día 3 de febrero de 1982 abocó el conocimiento e inicio la investigación.

"7o. El día 11 de marzo de 1982 se le dio traslado de los cargos a mi poderdante y éste respondió el 24 de marzo en documentos que consta en 4 folios.

"8o. Las conclusiones a que la citada funcionaria llegó aparecen en memorial de 31 de marzo y se resumen diciendo que, aunque el error se originó en la Pagaduría y se visó en la Contraloría, no eximen de responsabilidad a mi poderdante por el hecho de la supervisión que mi cliente debía ejercer. Igualmente la citada funcionaria expresa que "*no se causó perjuicio al Estado*", y finalmente recomienda que "*deben tenerse en cuenta los antecedentes de los investigados*", y remite su informe al Jefe de la Sección para que allí se determine "si hubo o no falta y si fue grave o leve" (este documento consta en 10 folios, adjuntos).

"9o. El Jefe de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda, calificó la falta como GRAVE y dió traslado del expediente a la Comisión de Personal, en concepto que emite el día 12 de abril de 1982.

"10. La Comisión de Personal se reunió el día 7 de julio de 1982 y *la Representante de los empleados ante la misma, expresó que se debían "tener en cuenta sus buenos antecedentes, el hecho de que el empleado de manejo es el Jefe de la Sección de Pagaduría y la función de hacer la reserva está delegada en esta última Sección*".

"*Estima que si en la Pagaduría se hubiese tenido el suficiente cuidado y diligencia, el Delegado de Presupuesto no hubiera incurrido en el error*" (subrayo). La Comisión de Personal conceptuó que mi poderdante debía ser sustituido e inhabilitado para ejercer cargos públicos por tres meses, aunque *la doctora María Elisa Galves, se apartó, de este concepto, por considerar que al doctor Almanza se le debe imponer una sanción menor, teniendo en cuenta que si la Pagaduría con las funciones delegadas que tiene, actuara con responsabilidad el error no se hubiera cometido*" (subrayo) (folios 3, 4 y 5 cdno ppal.).

Más adelante señala la parte actora que, simultáneamente con la investigación disciplinaria, se procedió a calificar los servicios del demandante por un período de tres meses y que tuvo un resultado deficiente, calificación que está llena de errores jurídicos y técnicos; que el 26 de agosto de 1982 se dictó el decreto 2488, mediante el cual se destituyó al demandante del empleo que ocupaba, acto administrativo que vino a ser notificado personalmente en septiembre 9 de 1982, contra el cual se interpuso recurso de reposición el día 16 del mismo mes y año, recurso que fue resuelto negativamente por decreto 3008 de octubre 15 de 1982; que es necesario destacar que la propia dependencia que proyectó el decreto de destitución, elaboró el proyecto para resolver el recurso, pues tal circunstancia se infiere de las firmas y sellos de pie de página; que el actor se encontraba escalafonado en la carrera administrativa en el cargo de jefe de División, escalafón que se hallaba confirmado y reclasificado, según los términos de la comunicación No. 2339 del Departamento Administración de Servicio Civil.

En la corrección y adición de la demanda, la parte actora amplía los hechos en que fundamenta su acción, en la forma en que aparece a folios 19, 20 y 21 del cuaderno principal. Relaciona como violados los artículos 16, 17, 26 y 62 de la Constitución; decretos 2400 artículos 40 y ss. y 3074 de 1968 y su decreto reglamentario 1950 de 1973 artículos 11 y ss. 130 y ss., 133, 134, 136, 151; decreto 077 de enero 19 de 1977, artículo 13 numeral 3o.; decreto 294 de 1973, artículos 122 numeral 2o. y 163 literal b).

En la corrección y adición del libelo se citan además como infringidos los artículos 155 del decreto reglamentario 1950 de 1973, 57 del decreto extraordinario 2400 de 1968 y 1o. del decreto reglamentario 2045 de 1969.

SE CONSIDERA:

1o.) Se trata de dilucidar en el caso sub-lite la legalidad de los decretos números 2488 y 3008 de 1982 expedidos por el señor Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante los cuales se destituyó al señor Alberto Almanza Flórez del cargo de Jefe de División 2040 grado 08 de las Divisiones Delegadas de Presupuesto de la Subdirección de Ejecución Presupuestal de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2o.) Los hechos que sirvieron de fundamento para aplicar la citada sanción disciplinaria al actor, aparecen resumidos de la siguiente manera, en el documento

que reposa a folios 131 y ss. del cuaderno No. 2, relacionado con la investigación administrativa adelantada en la Dirección General de Presupuesto para averiguar posibles irregularidades cometidas en la División Delegada de Presupuesto ante el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías.

> "En la División Delegada de Presupuesto ante el Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, DAINCO, fue librada la orden de anticipo No. 275 el 16 de diciembre de 1980, por valor de $1.500.000.oo a favor de LUCILA REYES DUARTE, Tesorera General de la República, para girar a MERLE DUEÑAS OROZCO, Tesorera Intendencial del Arauca, con el fin de cancelar los saldos de los contratos 035 y 041 de 1979, por valor de $450.000.oo y $1.050.000.oo respectivamente.
>
> "Sin tener en cuenta que estos fondos habían sido destinados para la Tesorería Intendencial del Arauca, en la División Delegada de Presupuesto ante DAINCO, se contabilizó el día 22 de febrero de 1981, la reserva de Caja por $1.500.000.oo correspondiente a los contratos 035 y 041 de 1979, sin existir los fondos disponibles, ni la disponibilidad de fondos, ni el compromiso correspondiente para su constitución.
>
> "Posteriormente la Pagaduría de la citada Delegada descargó y canceló la cuenta No. 055 por un valor de $1.050.000.oo correspondientes al saldo del contrato 041 de 1979 la cual debía cancelarse en la Tesorería Intendencial del Arauca.
>
> "Ante el error cometido, y en vista de que debía reintegrarse el dinero girado para cancelar la cuenta 055, el Jefe de la División y el Pagador respectivos, viajaron al Arauca a exigir el dinero, sin permiso de la Dirección General de Presupuesto, y transportándose con los pasajes suministrados por el Intendente del Arauca, MIGUEL MATHUS CAYLE".

3o.) Ahora bien, independientemente de que el actor se encontraba escalafonado en la carrera administrativa (folios 125 a 128 cuaderno principal), importa en el caso sub-judice, de manera esencial, establecer si fue destituido de su empleo con estricta sujeción a la ley y previa observancia del derecho de defensa.

4o.) Como lo ha manifestado la Sala en otras ocasiones, las etapas fundamentales del proceso disciplinario que indispensablemente deben adelantarse para aplicar cualquier sanción, se relacionan con el respeto al derecho de defensa.

5o.) Por consiguiente, es necesario que al funcionario investigado se le formulen cargos, se le brinde la oportunidad de rendir descargos y de solicitar la práctica de pruebas, se pida el concepto de la comisión de personal del organismo, cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias como la destitución que fue aplicada al demandante, con inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de tres meses.

6o.) Observa la Corporación que, una vez revisado el proceso disciplinario adelantado contra el actor por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en dicho proceso se cumplieron los trámites propios que para el efecto señalan las disposiciones legales pertinentes.

7o.) Al respecto se encuentra que en el referido proceso se formularon cargos al actor, quien procedió a rendirlos, se reunió la comisión de personal del comentado ministerio y se sugirió por la mayoría de los miembros de la citada comisión se impusiera la máxima sanción disciplinaria consagrada en la ley, cual es la destitución, contenida en los actos administrativos enjuiciados (folios 68, 75 y 147 cuaderno No. 2).

En tales condiciones, estima la Corporación que no se establece en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante, haya existido violación del derecho de defensa del inculpado.

8o.) De otra parte, en cuanto al desconocimiento de los términos en la investigación disciplinaria (folios 9 y 21 cuaderno principal), a que el jefe del organismo no fue quien designó el funcionario investigador y a que éste tenía una jerarquía inferior a la del actor (folios 21 y 22 ibídem), es preciso señalar que, la Corporación ha dicho que el incumplimiento de los términos no despoja de la competencia al funcionario que debe adoptar la decisión, ni genera la nulidad del acto; puede sí, acarrear responsabilidad disciplinaria para el empleado que injustificadamente ha incurrido en mora; y el decreto 079 de 1976 (artículo 5) atribuye en el literal e) a la Sección de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la función de investigar la conducta de los funcionarios a solicitud de las dependencias del Ministerio, disposición de carácter especial, posterior y de superior jerarquía normativa a la señalada por la parte actora en el escrito de corrección y adición del libelo, artículo 155 del decreto reglamentario 1950 de 1973 (folios 21 y 22 cuaderno principal).

A folio 158 del cdno. No. 2 aparece el oficio No. 142 de enero 20 de 1982 suscrito por el Director General del Presupuesto del referido ministerio, mediante el cual se solicita iniciar la correspondiente investigación contra el demandante y otro funcionario de dicho organismo.

9o.) En lo atinente a que se desconocieron las normas que regulan el funcionamiento de las comisiones de personal (folio 22 cdno. ppal.), la Sala no comparte el planteamiento hecho por la parte demandante, ya que a la reunión de julio 7 de 1982, según consta en acta No. 27 (folio 147 cdno, No. 2), asistieron los integrantes que conforme a las disposiciones legales hacen parte de tales cuerpos colegiados, quienes deliberaron y recomendaron por decisión mayoritaria la destitución del actor y la inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de tres meses (folios 156 ibídem), teniendo en cuenta que "No es cierto que la responsabilidad de los hechos recayó únicamente en el pagador. De las declaraciones que se tomaron, inclusive de las suyas propias se deduce que él tuvo igual responsabilidad que el señor Méndez; el error se cometió tanto en la pagaduría como en la propia División Delegada a cargo del investigado para la época de los hechos". (folios 149 ibídem).

Sobre las críticas formuladas por la parte actora, a la forma como operó para el caso *sub-examine* la comisión de personal, resultan muy ilustrativas las explicaciones dadas al respecto por el apoderado de la Nación y que constan a folios 60 y 61 del cdno. ppal.

10o.) Alega la parte actora en el escrito demandatorio que el demandante fue sancionado cuatro veces o de cuatro formas diferentes, violando así la administración el principio consagrado en el ordenamiento jurídico, según el cual a nadie se le puede sancionar más de una vez por una misma causa (folio 7 cdno. ppal.)

Dirá la Sala, en relación con tales planteamientos, que la figura del traslado constituye un movimiento de personal, que en parte alguna de la legislación vigente (decretos 2400 y 3074) de 1968 y 1950 de 1973) se encuentra consagrado como sanción disciplinaria; como tampoco tiene dicho carácter la calificación de servicios, que es un instrumento para evaluar el desempeño del funcionario de carrera administrativa, como en el caso del actor, que busca fundamental medir el rendimiento y calidad en el trabajo.

De otro lado, la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos impuesta al demandante por el término de tres meses, es consecuencia de la sanción disciplinaria de la destitución, que obliga establecer a la autoridad nominadora en el acto administrativo contentivo de esta medida administrativa por mandato legal.

Así las cosas, no es válida la afirmación de la parte actora de que el demandante fue sancionado cuatro veces por una misma causa.

11o.) En distintas piezas que obran en el proceso, la parte actora admite la responsabilidad en los hechos que fueron objeto de investigación disciplinaria, en cuanto a la supervisión que a él le correspondía ejercer. Así lo manifestó en el libelo (folios 11, 20 y 21 cdno. ppal.) y en el alegato de conclusión (folio 31 ibídem).

Asimismo lo admite el demandante en la declaración rendida dentro del proceso disciplinario (folios 43 y 44 cdno No. 2) y en la ampliación de su declaración (folio 43 y 44 cdno. No. 2) y en la ampliación de su declaración (folio 63 ibídem), a lo cual hace referencia el informe sobre la investigación administrativa adelantada que reposa a folios 132 y ss. del cuaderno No. 2, cuando dice que "Al Jefe de la división Delegada de presupuesto ante DAINCO para la época de los hechos, ALBERTO ALMANZA FLOREZ, quien reconoce que efectivamente se cometió el error en la División a su cargo, que viajó al Arauca con pasajes sufragados por el Intendente y que el contraasiento o anulación del anticipo 275 simplemente se hizo con la palabra ANULADO frente a la partida correspondiente".

De igual modo aluden al error cometido en la División de Presupuesto de "DAINCO", los señores Albertino Méndez Beltrán y Jorge Molano Ortiz en las declaraciones que reposan a folios 48, 50 y 59 del cdno. No. 2.

12o. El decreto No. 077 de 1976 (artículo 13 numeral 3) señala como funciones de los jefes de las divisiones y secciones delegadas de presupuesto, la tarea de vigilar el funcionamiento de las correspondientes pagadurías y solicitar a los pagadores los informes que consideren convenientes, atribución que no fue cumplida a cabalidad por el demandante en el caso sub-lite, como el mismo lo reconoce cuando hace mención a la supervisión que debía ejercer, de lo cual se infiere que el actor incurrió por este solo hecho en falta .

Por ende, las declaraciones dadas por Jaime Figueroa D. y José Eduardo Corredor (folios 91, 92, 94, 95 y 96 cdno. ppal.), acorde con las cuales no cabe responsabilidad alguna al jefe de presupuesto de "DAINCO", carecen de fundamento jurídico para desvirtuar la responsabilidad que le corresponde al actor, según las disposiciones legales, por los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria que culminó con la destitución del cargo que ocupaba como Jefe de División 2040-Grado 08 de las Divisiones Delegadas de presupuesto.

13o.) No obstante que el demandante quiso enmendar el error en que incurrió con la participación de otros funcionarios que prestaban sus servicios en "DAINCO" viajando a Arauca para exigir el dinero girado para cancelar la cuenta No. 055 por valor de $1.050.000 correspondiente al saldo del contrato 041 de 1979, ha debido el actor informar a sus superiores jerárquicos en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los hechos sucedidos y que dieron lugar posteriormente a que se adelantara la investigación disciplinaria que originó su retiro del servicio por destitución del cargo que desempeñaba y, asimismo, obtener la respectiva autorización para que pudiera desplazarse como funcionario público y en cumplimiento de sus funciones a Arauca para los fines que el demandante perseguía, es decir, recuperar el dinero girado a que se ha hecho mención, a pesar de que el viaje se llevara a cabo en días no laborables. Recuérdese que el régimen de administración de personal, artículos 74 y 76 del decreto reglamentario 1950 de 1973, consagran como situaciones administrativas el permiso y las comisiones de servicio, a las cuales ha podido acudir el actor para evitar los inconvenientes jurídicos que podría ocasionar su viaje a Arauca, sin contar con la correspondiente autorización de sus superiores jerárquicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De allí que la comunicación de diciembre 15 de 1989 de la Empresa Aérea del Turismo "SAM" que consta a folio 139 del cuaderno principal, según la cual "no encontramos documento alguno que permita establecer la realización del vuelo Arauca-Bogotá en septiembre 7 de 1981, por parte de esta compañía Aérea" no sirvan de justificación para el no regreso del actor a la capital de la República el día lunes, frente a la obligación que el demandante tenía de pedir autorización para viajar a Arauca, de conformidad con lo ya expuesto sobre este aspecto.

14o.) Los empleados públicos están obligados por precepto legal a observar extremo cuidado en el ejercicio de sus funciones, con mayor razón cuando en el desempeño de sus tareas oficiales se compromete al erario público, como corresponde precisamente a los aspectos que conciernen al manejo presupuestal y financiero de las entidades públicas, más aún si se tiene en cuenta la amplia experiencia administrativa con que contaba el actor superior a 20 años en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según aparece en la constancia dada por esta entidad (folios 122 y 123 cdno. ppal.).

Las consideraciones planteadas por la Corporación en el caso sub-judice son más que suficientes para que las peticiones de la parte actora no tengan vocación de prosperidad, dado que los decretos impugnados como ostentan la presunción de legalidad, que implica las de regularidad y de perfección, la mantiene por no haber sido destruida en sede jurisdiccional.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada en sesión de la Sala del día 7 de octubre de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Jaime Ahumada Díaz, Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno,* Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO DE CARACTER PARTICULAR/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO/CADUCIDAD/PUBLICACION-Improcedencia

El acto administrativo contenido en la resolución atacada aunque expedido por una autoridad de carácter nacional, no está comprendido en ninguno de los literales del artículo 2o. de la Ley 57 de 1985, y que deban ser publicados en el Diario Oficial, amén de que se trata de un acto de carácter particular cuyo único destinatario es el demandante, cuya decisión allí contenida no afecta en forma directa e inmediata a terceros, que según el artículo 45 del C.C.A. sea necesario publicar, por lo menos la parte resolutiva en el Diario Oficial. Así las cosas, si se toma como fecha de partida en la que se considere notificado el acto para contabilizar el término de cuatro meses de caducidad establecido en el artículo 136 del C.C.A. para la acción instaurada, tenemos que para la fecha de presentación de la demanda ya había precluido dicho término y, en consecuencia, la acción había caducado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda.

Santafé de Bogotá, D.C. veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref: Expediente No. 7215. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: *Hernando Otero Rodríguez*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra el auto de 14 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante el cual se rechazó la demanda instaurada por caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada.

Dice el Tribunal que a folio 22 del expediente obra el oficio OPEI-516 dirigido por el actor al Jefe de Personal de la entidad demandada (ISS), fechado y recibido

el 20 de noviembre de 1991, en donde el actor manifiesta que se da por enterado de la resolución No. 05997 de 15 de noviembre de 1991, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo que venía desempeñando en tal entidad. Y que de conformidad con el art. 136 del Código Contencioso Administrativo la acción invocada caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Y como la demanda se presentó el 25 de marzo de 1992 (fl. 7 voto), quiere ello decir, que el término señalado en la ley para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; a través de dicha acción, había vencido, hallándose en consecuencia caducada esta.

EL RECURSO DE APELACION

En la sustentación de la alzada, arguye el apoderado recurrente, que el art. 43 del Código Contencioso Administrativo, en forma clara y expresa habla del deber y forma de publicación de los actos administrativos de carácter general, los cuales no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial u otros medios. Además, que el artículo 44 del mismo Código, habla de la notificación personal, la que no se cumplió en el caso de su representado.

Agrega el recurrente, que lo anterior lo hace para significar que el Tribunal cuenta los cuatro meses a partir del 21 de mayo (sic) de 1991 y no del día 25 siguiente cuando se notificó a su poderdante la resolución de insubsistencia de su nombramiento.

Termina el apoderado la sustentación del recurso haciendo referencia al pretendido derecho del actor, lo cual no se ajusta al tema al cual se contrae el auto impugnado como es la caducidad de la acción.

SE CONSIDERA:

El artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, que invoca el apoderado del demandante, modificado por la ley 57 de 5 de julio de 1985, habla de actos administrativos de carácter general, que son aquellos que no tienen destinatarios determinados y que contienen normas aplicables dentro de las colectividades territoriales, o comprenden a toda persona que posea un interés común, como es el caso de la ley, y que es necesario publicar en el Diario Oficial cuando los actos son proferidos por una autoridad de nivel nacional, o en órganos periodísticos oficiales, departamentales o municipales, según su carácter, que según la modificación introducida por la ley 57 de 1985, la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley, deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos.

El acto administrativo contenido en la resolución atacada, aunque expedido por una autoridad de carácter nacional, no está comprendido en ninguno de los literales del artículo 2o. de la ley 57/85 en comentario, y que deban ser publicados en el

Diario Oficial, amén de que se trata de un acto de carácter particular cuyo único destinatario es el demandante, cuya decisión allí contenida no afecta en forma directa e inmediata a terceros, que según el art. 46 del Código Contencioso Administrativo sea necesario publicar, por lo menos la parte resolutiva en el Diario Oficial.

En autos no hay prueba de que el acto hubiera sido publicado en alguna de las formas establecidas y procedentes contempladas en la ley 57 de 1985. En cambio obra a folio 22 el oficio OPEI de 20 de noviembre de 1991, dirigido al Jefe de la División Personal de la Seccional del ISS de Norte de Santander, en el cual el actor manifiesta que "...se da por enterado de dicha Resolución". (se refiere a la resolución demandada), lo que a términos del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo produce los efectos legales de la notificación, y a términos del artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, a notificación por conducta concluyente.

Así las cosas, si se toma como fecha de partida el 20 de noviembre de 1991, en que se considera notificado el acto para contabilizar el término de cuatro meses de caducidad establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para la acción instaurada, tenemos que para la fecha de presentación de la demanda el 25 de marzo de 1992 (fl. 7 vto) ya había precluido dicho término y, en consecuencia, la acción había caducado. Si posteriormente se hizo al actor la notificación personal del acto como se afirma en el escrito de sustentación del recurso, sin estar en autos demostrado este hecho, ello no revive el término de caducidad que ya había empezado a correr desde cuando se estima notificado el acto en la forma antes estudiadas.

Con base en los argumentos anteriores la Sala confirmará el acto impugnado.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

1o.- Confírmase el auto apelado de 14 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

2o.- En firme esta providencia devuélvase el asunto a dicho Tribunal.

Copiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 7 de octubre 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.

PERIODO DE PRUEBA/FUNCIONARIO DE CARRERA/ESTABILIDAD/INSUBSISTENCIA-Improcedencia

Al demandante no podía serle desconocido el derecho a ingresar a la carrera administrativa por una simple omisión administrativa, porque de llegar a admitirse este comportamiento se aceptaría la posibilidad de que la administración incumpliera una obligación y a su vez desconociera un derecho preferencial de un administrado reformado así en la práctica la legislación sobre función pública. La carrera administrativa es una institución de linaje constitucional incorporada a la Carta en el plebiscito de 1957, reiterada su necesidad y existencia en la reforma constitucional de 1968 y aparece reforzada en la Constitución de 1991. Es justamente el concurso, la llave de ingreso a ella, y cualquier omisión a su cabal ejecución y cumplimiento es violatorio no solo de la Carta, de las leyes reglamentarias de la carrera, sino que expone la transparencia de la administración pública. Por eso la inobservancia de los concursos debe ser condenada enérgicamente por los órganos de control. Estableciendo que el demandante tenía un claro derecho a la carrera administrativa en el cargo del cual fue declarado insubsistente, sin que mediaran las causales establecidas en la ley para retirarlo del empleo, pues no se produjo calificación alguna insatisfactoria de servicios, ni fue destituido mediante proceso disciplinario y tampoco se produjo vacancia del empleo por abandono, se concluye que la declaratoria de insubsistencia violó ostensiblemente el derecho a la estabilidad consagrada en el artículo 40 del Decreto Ley 2400 de 1968, para funcionarios de carrera administrativa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiúno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 717. Actor: *Sigifredo Hurtado García.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia de noviembre 10 de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por el señor SIGIFREDO HURTADO GARCIA, para impetrar la nulidad del decreto 1977 y el correspondiente restablecimiento del derecho.

Reconstruido el expediente en los términos del decreto 3825 de 1985 y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir lo pertinente.

Al descorrer el traslado de la solicitud de reconstrucción dispuesto en providencia de abril 9 de 1986 (fol. 19), la parte actora se opuso a la reconstrucción, alegando no haber sido pedida en la forma exigida por el decreto 3825 de 1985 (fls. 43 y 44).

En cambio, la Fiscalía Quinta de la Corporación estimó que "por reunir los requisitos exigidos en el decreto 3825 de 1985, es procedente la reconstrucción". (fl. 51)

Se adelantó la actuación hasta declarar reconstruido el proceso mediante auto de noviembre 23 de 1988. (fol. 54).

Ciertamente son escasos los elementos de juicio que aporta la solicitud de reconstrucción del apoderado de la Nación en el memorial de folio 15, pues ni siquiera acompañó copia del acto acusado. Explica el apoderado esta deficiencia más tarde diciendo que "los términos en que fuera solicitada la reconstrucción del expediente toda vez que según la carpeta que de este se lleva no aparece ninguna documentación que hubiera sido presentada ante esa instancia diferente de la remitida con memorial del 20 de febrero último". (fol. 25).

En estas condiciones, no es posible conocer la argumentación que sirvió de base al recurso de apelación. Respecto del acto acusado, la Sala se remite a la referencia que al mismo se hace en la sentencia del Tribunal que corre a folios 1 a 14.

El actor pide en la demanda la nulidad del decreto 1197 de 1977, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual se declaró la insubsistencia del actor, y alega que, habiendo convocado el Ministerio a concurso para el cargo que él desempeñaba y quedando como "único candidato capacitado por haber pasado satisfactoriamente las pruebas", el Secretario General del Ministerio de Hacienda "conjuntamente con el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, expidió la Resolución No. 00735 por la que se estableció la lista de elegibles referente al concurso 050-007 de junio 24 de 1974, y en ella aparece el señor SIGIFREDO HURTADO GARCIA como único integrante o sea como única persona con derecho a ser designada en período de prueba en el cargo para el que concursó"; que, desde 1974, tras adquirir el derecho a ser designado en período de prueba, hizo varias gestiones en este sentido sin obtener respuesta positiva y "súbitamente el 2 de junio de 1977 y con oficio 005747 el Jefe de la Sección de Personal de la Dirección General de Aduanas, comunicó al señor HURTADO

GARCIA que por decreto 1197 de 1977 fue declarado insubsistente su nombramiento.

Invocó, como fundamento de la acción, aparte de la Constitución Nacional en sus artículos 16, 17, 20 y 62, el decreto 2400 en su capítulo IV y el artículo 26, así como el decreto 1950 de 1973 en su título noveno y la Resolución 357 de 1974 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, que regula el proceso de selección e ingreso al servicio público y la inscripción y promoción en la carrera administrativa. (fls. 30-36).

En lo sustancial, el concepto de violación de los preceptos invocados consiste en que, a pesar de haberse convocado a un concurso para proveer un empleo de carrera y de haberse efectuado el concurso, "no se proveyó el cargo con quien figuró en la lista de elegibles". (fls. 33-35).

El a-quo acogió las súplicas de la demanda con el argumento de que, "realizado el proceso de selección del empleado, la administración está obligada a nominarlo en el cargo, en período de prueba, pues si ello quedara a su arbitrio, esto es, a su libre discreción, no tendría objeto la carrera administrativa y, por consiguiente, sobraría la preceptiva legal que, al respecto, se ha establecido". (fols. 5-7). Expresa, además, el Tribunal que comparte plenamente el concepto de la Fiscalía Quinta, el cual transcribe "como parte motiva de esta providencia". (fl. 7).

De otra parte, *la Fiscalía Quinta de esta Corporación* estima igualmente que debe accederse a las súplicas de la demanda y, al respecto, expresa:

> Es realmente lamentable que la Administración haga caso omiso de las disposiciones que establecen y reglamentan la provisión de cargos y la carrera administrativa. Y más aún, que aparentando su cumplimiento, convoque a concurso abierto para proveer un cargo conforme a la ley, para ignorar posteriormente sus resultados.
>
> Si bien es cierto, el actor nunca fue nombrado en período de prueba en el cargo para el cual superó el concurso convocado por la Administración, también lo es que continuó desempeñándolo pues la insubsistencia acusada así lo demuestra.
>
> Siendo el único elegible tenía derecho preferencial a ocuparlo en período de prueba, a ser calificado y a que su situación frente a la carrera se definiera como lo ordenan el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973.
>
> Por esa razón la Fiscalía estima que la insubsistencia no se ajusta a derecho pues se hizo uso de la facultad discrecional de remover, contrariando las disposiciones legales citadas en la demanda desconociendo los resultados de un concurso que obligaba a actuar en forma diferente. (fl. 29 del expediente).

Para resolver, se

CONSIDERA:

1) El proceso luego de ordenada su reconstrucción, quedó para fallo, sin que a el se hubiera aportado copia del recurso de apelación, motivo por el cual no es posible examinar a fondo los argumentos de desacuerdo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de la sentencia del Tribunal Administrativo.

2) Quedó debidamente probado en el proceso que el actor quedó como único concursante integrando la lista de elegibles, de acuerdo con la Resolución No. 00735 del 30 de enero de 1976, suscrita tanto por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, como por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por lo tanto a partir de esa fecha le asistía el derecho al demandante a ser nombrado en período de prueba en el cargo de Jefe de Sección de Servicios Generales de la División Administrativa de la Dirección General de Aduanas, Clase VI, grado 24, que venía desempeñando con carácter provisional según decreto de nombramiento No. 585 de abril 8 de 1974 y Acta de posesión del día 15 de abril del mismo año.

3) Como la elaboración de la lista de elegibles fue posterior a este nombramiento, debe concluirse que su designación provisional fue conforme a derecho y por consiguiente en este proceso, no se trata de dilucidar si el nombramiento del actor se efectuó desconociendo el concurso, sino el posible derecho que le asistía para ser luego nombrado en carrera administrativa o a ser titular de los derechos de esta por haber superado el correspondiente concurso.

4) De acuerdo con la sentencia del Tribunal Administrativo, el demandante en distintas oportunidades formuló al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, peticiones para que fuera designado dentro de la carrera administrativa sin que hubiera logrado tal decisión de la administración.

Como no obra copia de ellas en el expediente, no es posible entrar a analizarlas, por este motivo.

5) Los artículos 206 y 207 del Decreto 1950 de 1973, preceptúan que con base en el resultado del concurso se establecerá con los candidatos la lista de elegibles, con la cual "deberán" proveerse las vacantes de los cargos para los cuales se elaboró dicha lista.

El Estatuto de la función pública para el caso que nos ocupa, impuso a la administración la obligación de hacer el nombramiento con base en la lista de elegibles, pudiendo solamente abstenerse de hacerlo en tres casos taxativos, a saber: a) Cuando el empleo requiera el ejercicio de funciones que puedan ser desarrolladas por personas que tengan el grado profesional expedido por la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, evento en el cual se deberá efectuar el nombramiento con uno de los integrantes de esta lista de elegibles; b) Cuando deba proveerse por ascenso y c) Cuando exista personal inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, cuyo empleo haya sido suprimido y el cargo a proveer sea equivalente al suprimido.

Textualmente prescriben los artículos 201, 206, 207 y 210 del Decreto 1950 de 1973:

> **ARTICULO 201.**- Para la designación de personal en los empleos que requieran grado profesional expedido por la Escuela Superior de Administración Pública, la entidad nominadora interesada solicitara al Departamento Administrativo del Servicio Civil, los candidatos siguiendo los procedimientos ordinarios. Mientras exista personal disponible en estas listas, los empleos no podrán proveerse por medio distinto.
>
> **ARTICULO 206.**- Con base en los resultados del concurso u oposición, el jefe o jefes de los organismos para los cuales se practicó y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por resolución conjunta, establecerán con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito listas de elegibles para los empleos objeto del concurso.
>
> **ARTICULO 207.**- La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de un (1) año y durante este lapso *se deberán proveer* las vacantes que se presenten en cargos para los cuales se formó la lista, con las personas que figuren en ella, teniendo en cuenta la prelación de que tratan los Artículos 201 y 210 del presente Decreto, y la que corresponda a los inscritos en el escalafón cuyo cargo *haya sido suprimido*.
>
> **ARTICULO 210.**- Cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formada por concurso abierto.
>
> Hecho uno o varios nombramientos, el grupo se reintegrará con los nombres de la lista general que sigan en orden descendente.

6) Por consiguiente, como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no comprobó que estaba obligado excepcionalmente a nombrar a otra persona por ascenso, o a un egresado de la ESAP, o a quien se le hubiera suprimido un cargo equivalente en los términos señalados en el artículo 48 del D.L. 2400 de 1968, se concluye que debía haberse hecho el nombramiento en período de prueba al actor en el cargo objeto del concurso.

La Sala estima que al demandante no podía serle desconocido el derecho a ingresar a la carrera administrativa por una simple omisión administrativa, porque de llegar a admitirse este comportamiento se aceptaría la posibilidad de que la administración incumpliera una obligación y a su vez desconociera un derecho preferencial de un administrado reformando así en la práctica la legislación sobre función pública.

7) La carrera administrativa es una institución de linaje constitucional incorporada a la Carta en el plebiscito de 1957, reiterada su necesidad y existencia en la reforma constitucional de 1968 y aparece reforzada en la Constitución de 1991. Es justamente el concurso, la llave de ingreso a ella, y cualquier omisión a su cabal ejecución y cumplimiento es violatorio no solo de la Carta, de las leyes reglamentarias de la carrera, sino que expone la transparencia de la administración pública.

Por eso la inobservancia de los concursos debe ser condenada enérgicamente por los órganos de control.

8) No debe olvidarse que la administración no podía desconocerle a este funcionario el derecho a ingresar a la carrera administrativa, y su omisión no podía ser alegada en su favor, según el conocido aforismo que reza "nadie puede alegar en su favor su propia culpa" (Non auditur propriam allegans turpitudinem).

Aceptar que la administración por retardar el derecho a un nombramiento en carrera administrativa, período de prueba, adquiere o conserva la potestad discrecional, expondría gravemente el sistema de mérito.

9) Establecido que el demandante tenía un claro derecho a la carrera administrativa en el cargo del cual fue declarado insubsistente, sin que mediaran las causales establecidas en la ley para retirarlo del empleo, pues no se produjo calificación alguna insatisfactoria de servicios, ni fue destituido mediante proceso disciplinario y tampoco se produjo vacancia del empleo por abandono, se concluye que la declaratoria de insubsistencia violó ostensiblemente el derecho a la estabilidad consagrada en el artículo 40 del D.L. 2400 de 1968, para funcionarios de carrera administrativa.

En mérito de lo anteriormente 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.- CONFIRMARSE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 10 de noviembre de 1983, por medio de la cual se declaró la nulidad del Decreto No. 1197 de mayo 27 de 1977, y originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual fue declarado insubsistente el señor SIGIFREDO HURTADO GARCIA.

Segundo.- De conformidad con el artículo 128 de la Constitución Nacional, la Nación deberá descontar las sumas de dinero que el actor haya percibido por concepto de sueldos y prestaciones sociales en virtud de su vinculación laboral con el Estado o sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, en el período comprendido entre la declaratoria de insubsistencia contenida mediante Decreto No. 1197 de mayo 27 de 1977, y la fecha en que sea incorporado al servicio en cumplimiento de la presente providencia.

Tercero.- En firme el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Copiese y notifíquese

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Díaz-granados, Conjuez, Salva Voto; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Salva Voto; *Diego Younes Moreno,* conjuez que dirimió el empate: *Javier Díaz Bueno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Requisito/**FUNDAMENTOS DE DERECHO/JURISDICCION ROGADA/IURA NOVIT CURIA**-Improcedencia/(Salvamento de Voto)

Omite el actor identificar las normas concretas que estimo quebrantadas, así como determinar, respecto de ellas, el correspondiente concepto de violación. Ha insistido en numerosas oportunidades esta Corporación en que es carga procesal del actor el individualizar la norma en la cual sustenta la acusación, por no ser de recibo en esta jurisdicción "rogada" la aplicación del aforismo, "jura novit curia" para que el juzgador escoja, por decirlo así, de un conjunto de reglas de derecho genéricamente la que venga al caso.

CARRERA ADMINISTRATIVA/SILENCIO ADMINISTRATIVO/PERIODO DE PRUEBA-Inexistencia/**LISTA DE ELEGIBLES**-Vigencia/ **INGRESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA**-Etapas/(Salvamento de Voto).

Correspondía a la administración vincular al actor a la carrera administrativa y no lo hizo? La omisión, aceptado el planteamiento, existió desde el día siguiente a aquel en que se conoció el resultado del concurso. Hecha la correspondiente petición o reclamación, debió demandarse al silencio administrativo negativo y exigir, en virtud del mismo, el acto omitido de la administración. De allí a que el accionante, por aquella omisión, adquiera estabilidad en el servicio mientras la administración no se pronunciara al respecto, hay mucha diferencia. Siendo la insubsistencia un instrumento legal de la administración para separar del servicio, a discreción, al funcionario protegido por fuero de estabilidad, no existe condición alguna a que pueda válidamente supeditarse esta facultad, concebida como tal. Ser elegible significa estar en potencia para la elección, tener la expectativa de ser elegido, que es fenómeno diferente del de haber sido elegido de hecho. Ahora bien, la protección que otorga la carrera comienza a partir de la elección o nombramiento o, como lo expresa el artículo 183 del Decreto 1950 de 1973, al iniciar el empleado el período de prueba, que constituye su in-

greso a la carrera administrativa. Si el actor estaba en la lista de elegibles, es porque aún no había sido elegido y, no habiendo sido elegido, no había hecho su ingreso a la carrera. Esa es la ley y, así parezca dura, no puede el juzgador desconocerla. Es pertinente recordar que, conforme al artículo 184 ibídem, el proceso de selección para ingreso a la carrera administrativa comprende cuatro etapas, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la oposición o concurso y el período de prueba. En el caso del accionante, se surtieron las tres primeras pero faltó el nombramiento en período de prueba. No se completó, por lo tanto, el proceso de selección.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER EN LA PROVIDENCIA ADOPTADA POR LA SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCION SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, CELEBRADA EL DIA 16 DE SEPTIEMBRE DE 1992. RADICADO BAJO EL No. 717 - RECONSTRUCCION - APELACION SENTENCIA. ACTOR: SIGIFREDO HURTADO GARCIA.

No pudiendo compartir el contenido expuesto en el fallo ni las razones que lo sustentan, nos vemos en la necesidad de salvar el voto de conformidad con los planteamientos que se formulan a continuación:

1.- El actor pide en la demanda la nulidad del decreto 1197 de 1977, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por el cual se declaró la insubsistencia del actor, y alega que, habiendo convocado el Ministerio a concurso para el cargo que él desempeñaba y quedando como "único candidato capacitado por haber pasado satisfactoriamente las pruebas", el Secretario General del Ministerio de Hacienda "conjuntamente con el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, expidió la resolución No. 00735 por la que se estableció la lista de elegible referente al concurso 050-007 de junio 24 de 1974, y en ella aparece el señor SIGIFREDO HURTADO GARCIA como único integrante o sea como única persona con derecho a ser designada en período de prueba en el cargo para el que concurso"; que, desde 1974, tras adquirir el derecho de ser designado en período de prueba, hizo varias gestiones en este sentido sin obtener respuesta positiva y "súbitamente el 2 de junio de 1977 y con oficio No. 005747 el Jefe de la Sección de Personal de la Dirección General de Aduanas, comunicó al señor Hurtado García que por decreto 1197 de 1992 fue declarado insubsistente su nombramiento".

Invocó como fundamento de la acción, aparte de la Constitución Nacional en sus artículos 16, 17, 20 y 62, el decreto 2400 en su capítulo IV y el artículo 26, así como el decreto 1950 de 1973 en su título noveno y la Resolución 357 de 1974 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, que regula el proceso de selección e ingreso al servicio público y la inscripción y promoción en la carrera administrativa. (Fls. 30-36).

En lo sustancial, el concepto de violación de los preceptos invocados consiste en que, a pesar de haberse convocado a un concurso para proveer un empleo de carrera y de haberse efectuado el concurso, "no se proveyó el cargo con quien figuró en la lista de elegibles". (fls. 33-35).

El A-QUO acogió las súplicas de la demanda con el argumento de que, "realizando el proceso de selección del empleado, la administración está obligada a nominarlo en el cargo, en período de prueba, pues si ello quedara a su arbitrio, esto es, a su libre discreción, no tendría objeto la carrera administrativa y, por consiguiente, sobraría la preceptiva legal que, al respecto, se ha establecido". (Fls. 5-7). Expresa, además, el Tribunal que comparte plenamente el concepto de la Fiscalía Quinta, el cual transcribe "como parte motiva de esta providencia" (Fl. 7). Conviene, por lo tanto, hacer referencia a la Vista Fiscal en lo pertinente a la fundamentación del concepto favorable al actor.

Tras hacer un breve recuerdo de los hechos narrados en la demanda, afirma la Fiscalía:

> "Establecidos y probados fehacientemente los presupuestos de hecho en que se apoya la demanda, resta por analizar la cuestión de derecho; en este orden de ideas es preciso relievar, que la Fiscalía observa y entiende que el actor, desde el punto de vista meramente formal, no ingresó jamás a la carrera administrativa, ya que no logró obtener la inscripción en período de prueba, que al tenor del artículo 214 del Decreto 1950 de 1973, es el acto administrativo que confiere el derecho a permanecer en el cargo por el término señalado allí. Pero ocurre, que si así como se observa este aspecto legal, que dicho sea de paso, sería un argumento suficiente para no profundizar en el estudio de proceso y lograr una salida fácil, también se han observado atentamente otros aspectos que constituyen anomalías en el procedimiento de la administración, en efecto se encontró, que el actor desempeñaba a título meramente provisional, el cargo para el cual se dio el aviso legal de convocatoria, se inscribió, fue aceptado y concursó, obteniendo el puntaje requerido para aprobar, a pesar de ello, la entidad nominadora, demoró desde agosto de 1974 hasta enero 30 de 1976, para elaborar una lista de elegibles para dicho cargo, la cual en verdad, no resulta demasiado compleja ni extensa, pues solamente contiene el nombre del actor, posteriormente y sin reato de la demora que se cometa, el Secretario General de Aduanas (Fl. 123 exp.) en un encomiable acto de entusiasmo, solicita al señor Jefe de Selección y Concursos, que una vez revisado el `Anteproyecto' de la Resolución de elegibles, para: `...que se adelante el trámite respectivo para oficializar el nombramiento de quien aparece en la lista'. Pero esta gestión no se materializa jamás, el actor Hurtado García, no logra que la entidad nominadora cumpla con los deberes que le impone la ley, tal como lo estatuye el artículo 212 del Decreto 1950 de 1973, que dice:
>
> *ART. 212.- La persona escogida por el sistema de concurso será nombrada en período de prueba, durante el cual serán calificados sus servicios*

reciar la eficiencia, adaptación y condiciones personales en el ejercicio de las funciones propias del cargo (Subraya la Fiscalía).

Resulta igualmente importante analizar el artículo 211 ibídem que establece:

Art. 211. Solo cuando sea imposible proveer los cargos por ascenso o con personal tomado de listas de elegibles podrán hacerse nombramientos provisionales (Subraya la Fiscalía).

Esta norma es de claro tenor y bastante imperativa al utilizar el vocablo 'imposible', pero para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no tuvo vigencia, ya que no solamente prolongó por más de tres años un pronunciamiento provisional en cargo de carrera, sino teniendo el designado ocupando el cargo, no lo tomó de la lista de elegibles (siendo el único) y le recortó el derecho obtenido a ser nombrado al menos en período de prueba, y se habla de cercenar derechos, ya que el cargo de carrera ocupado por el Actor a título provisional, podía considerarse como vacante, para efectos de la carrera administrativa, si se tiene en cuenta, que el actor había superado el concurso y estaba en lista de elegibles.

...

Es por ello, que tampoco puede negarse a quien habiendo cumplidos todos los requisitos que debía satisfacer, el derecho a ingresar en el escalafón en período de prueba y gozar de las prerrogativas de ello, ya que no estaba en manos del actor Sigifredo Hurtado García, hacer su propia designación en dicho período, valga decir, no puede endilgarse al funcionario cumplidor de los requisitos, las consecuencias negativas de un acontecer administrativo, que no fue ceñido a la ley, ya que el Decreto 1950 de 1973, expresa en su artículo 212 que 'la persona escogida por el sistema de concurso abierto *será* nombrada en período de prueba...' es decir, ordena a la entidad nominadora nombrarla obviamente en el cargo que debe estar vacante, si para su provisión se hizo convocatoria a concurso.

En concepto de la Fiscalía, el incumplimiento de las obligaciones que le fija la ley (estatuto de carrera administrativa) por parte de la entidad nominadora, no puede recaer sobre el funcionario, ya que de continuar esta situación de hecho, por una interpretación jurisprudencial de carácter exegético jamás se logrará en el país que la carrera logre su fin, ya que nada resulta más fácil, que iniciar el trámite de provisión de cargos por concurso, para el momento de hacer ya las inscripciones en período de prueba, dilatar o paralizar la gestión, a fin de no limitar numéricamente los cargos que pueden proveerse, sino libremente, sin con nombramientos 'provisionales' (de 4 o más años) y sobretodo, que pueden aprovecharse en cualquier tiempo, haciendo uso indebido de la facultad discrecional". (Fls. 8 al 11 del expediente).

De otra parte, la Fiscalía Quinta de esta Corporación estima igualmente que debe accederse a las súplicas de la demanda y, al respecto, expresa:

"Es realmente lamentable que la Administración haga caso omiso de las disposiciones que establecen y reglamentan la provisión de cargos y la carrera administrativa. Y más aún, que aparentando su cumplimiento, convoque a concurso abierto para proveer un cargo conforme a la ley, para ignorar posteriormente sus resultados.

Si bien es cierto, el actor nunca fue nombrado en período de prueba en el cargo para el cual superó el concurso convocado por la Administración, también lo es que continuó desempeñándolo pues la insubsistencia acusada así lo demuestra.

Siendo el único elegible tenía derecho preferencial a ocuparlo en período de prueba, a ser calificado y a que su situación frente a la carrera se definiera como lo ordenan el Decreto 2400 de 1968 y su reglamentario 1950 de 1973.

Por esta razón la Fiscalía estima que la insubsistencia no se ajusta a derecho pues se hizo uso de la facultad discrecional de remover, contrariando las disposiciones legales citadas en la demanda desconociendo los resultados de un concurso que obligaba a actuar en forma diferente". (Fl. 29).

2.- Como se observa en el texto de la demanda, el actor prestaba sus servicios en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el cargo de Jefe de la Sección de Servicios Generales y para este mismo cargo concursó con base en la convocatoria de junio 24 de 1974 y resultó como único candidato elegible para ingresar a la carrera administrativa, por lo cual el Secretario General de la Dirección General de Aduanas en enero 5 de 1976 solicitó a la División de Personal del Ministerio que "se adelante el trámite respectivo para oficializar el nombramiento de quien aparece en la lista". Se le declaró elegible por Resolución 00735 de enero 30 de 1976 y en junio 2 de 1977 se le comunicó en oficio 005747 la insubsistencia declarada en decreto 1197 de ese año (Fls. 30-36).

Se invocan normas de la Constitución como violadas "por cuanto que las autoridades de la República no ampararon al actor en su derechos ni lo protegieron en el ejercicio normal de su trabajo, extralimitaron sus funciones cometiendo un auténtico abuso del derecho y de la autoridad, y no respetaron las normas legales sobre permanencia, ingresos y retiro del servicio". Se invoca también el título IV del decreto 2400 de 1968 "que establece las garantías para las personas que pertenecen a la carrera administrativa, especialmente la de permanecer en servicio mientras subsista el mérito en cuya virtud ingresaron al sistema (artículo 46), así como la disposición contenida en el artículo 26 que subordina la insubsistencia del funcionario de carrera a las circunstancias y procedimientos que se establezcan en la reglamentación".

Es fácil observar que ni estas normas ni los conceptos de violación pueden servir de base sólida en que apoyar la anulación del acto enjuiciado, pues, de una parte, los preceptos de la Carta no garantizan *per se* y directamente la pretendida estabilidad y, de otra, las disposiciones legales se refieren a una situación que no era la del actor, la de funcionario inscrito en la carrera administrativa.

Pero se invoca también el decreto 1950 de 1973 en su título noveno, "por cuanto que a pesar de haberse convocado a un concurso para proveer un empleo de carrera administrativa (capítulo II literal A), de haberse efectuado el concurso (literal c ibídem), haberse elaborado la lista de elegibles (literal d), no se proveyó el cargo con quien figuró en la lista de elegibles. Y se invoca, finalmente, la Resolución 357 de 1974 del Departamento Administrativo del Servicio Civil, "que regula el proceso de selección e ingreso al servicio público y la inscripción y promoción en la carrera administrativa". (Fls. 33-34).

Ahora bien, el título noveno del decreto 1950 de 1973, que trata de la Carrera Administrativa, contiene diez capítulos y va del artículo 180 al 259. Omite el actor identificar las normas concretas que estimó quebrantadas, así como determinar, respecto de ellas, el correspondiente concepto de violación. Igual cosa debe decirse de la Resolución 357 de 1974.

Ha insistido en numerosas oportunidades esta Corporación en que es carga procesal del actor el individualizar la norma en la cual sustenta la acusación, por no ser de recibo en esta jurisdicción "rogada" la aplicación del aforismo, "jura novit curia" para que el juzgador escoja, por decirlo así, de un conjunto de reglas de derecho genéricamente señaladas la que venga al caso.

Esta falta de técnica de la acusación impide un pronunciamiento concreto hipotéticamente favorable.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que una cosa es la desvinculación del servicio por la insubsistencia, que tiene entidad propia y debe analizarse como tal frente a las disposiciones legales invocadas, y otra diferente es la precedida violación del derecho de inscripción en la carrera, administrativa, que en *sub lite* constituye ciertamente una omisión de la administración, tal como aparecen presentados los presupuestos de hecho. ¿Correspondía a la administración vincular al actor a la carrera administrativa y no lo hizo? La omisión, aceptado el planteamiento, existió desde el día siguiente a aquél en que se conoció el resultado del concurso. Hecha la correspondiente petición o reclamación, debió demandarse el silencio administrativo negativo y exigir, en virtud del mismo, el acto omitido de la administración.

De allí a que el accionante, por aquella omisión, adquiera estabilidad en el servicio mientras la administración no se pronunciara al respecto, hay mucha diferencia. Siendo la insubsistencia un instrumento legal de la administración para separar del servicio, a discreción, al funcionario no protegido por fuero de estabilidad, no existe condición alguna a que pueda válidamente supeditarse esta facultad, concebida como tal. Ser *elegible* significa estar *en potencia* para la elección, tener la expectativa de ser elegido, que es fenómeno diferente del de *haber sido elegido* de hecho. Ahora bien, la protección que otorga la carrera comienza a partir de la elección o nombramiento o, como lo expresa el artículo 183 del decreto 1950 de 1973, al iniciar el empleado el período de prueba, que constituye su ingreso a la carrera administrativa. Si el actor estaba en la lista de elegibles, es porque aún no había sido elegido y, no habiendo sido elegido, no había hecho su ingreso a la carrera. Esa es la ley y, así parezca dura, no puede el juzgador desconocerla.

Es pertinente recordar que, conforme al artículo 184 *ibídem*, el proceso de selección para ingreso a la carrera administrativa comprende cuatro etapas, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la oposición o concurso y el período de prueba. En el caso del accionante, se surtieron las tres primeras pero faltó el nombramiento en período de prueba. No se completó, por lo tanto, el proceso de selección.

Corresponde puntualizar igualmente que, por disposición del artículo 207 del mismo estatuto, la lista de elegibles tiene vigencia máxima de un año. Si el actor, como él mismo lo afirma, fue declarado elegible en enero 30 de 1976 e insubsistente en mayo 27 de 1977, entre estos dos hechos transcurrió más de un año.

Atentamente,

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Díaz Granados, Conjuez

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION/POTESTAD DISCIPLINARIA PREFERENCIAL

La supervigilancia de la conducta de los servidores oficiales, asignada por la Constitución a la Procuraduría General de la Nación, implica su prevalencia frente a la facultad de vigilancia administrativa ejercida por los respectivos superiores jerárquicos, de suerte que cuando aquélla avoca el empleado público, desplaza a la administración que debe abstenerse de iniciar a continuar otra investigación por los mismos hechos. Las disposiciones legales reguladoras de regímenes disciplinarios especiales aplicables a los funcionarios de determinado organismo estatal, no tienen fuerza preponderante sobre las disposiciones que reglamentan la potestad de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos que la Carta Política otorga a la Procuraduría General de la Nación. Por manera, que el Decreto 1651 de 1977, no obstante contener el régimen disciplinario de los funcionarios de la Seguridad Social, no modifica restringe o deroga ni la facultad conferida a la Procuraduría, ni el procedimiento que para su ejercicio se estableció en la Ley 25 de 1974.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C. veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 4856. Autoridades Nacionales. Actor: *Gabriel Enrique Dib David*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 14 de agosto de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por Gabriel Enrique Dib David para impetrar la nulidad de las resoluciones Nos. 056 del 27 de mayo de 1986 del Procurador Primero Regional de Medellín, 854 de 22 de diciembre del mismo año del Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa, en cuanto por ellas se sancionó al demandante con solicitud de destitución del cargo que desempeñaba en el Instituto de Seguros Sociales y la No. 02476 de 26 de junio de 1987, por la cual el Director General del Instituto de Seguros Sociales cumplió tal solicitud.

LA SENTENCIA

El a-quo despachó adversamente las súplicas de la demanda fundamentándose en que, conforme a lo preceptuado en el artículo 143 de la anterior Constitución Política, correspondía a los funcionarios del Ministerio Público, entre otras funciones, supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y ostentando el actor la calidad de servidor oficial, no cabe duda que la Procuraduría estaba facultada para iniciar acción disciplinaria en su contra, al igual que lo podía hacer el Instituto de Seguros Sociales entidad en donde prestaba sus servicios; que asumida por la Procuraduría la investigación de las faltas presuntamente cometidas por aquel "el procedimiento se hizo estrictamente a lo dispuesto por la ley hasta tal punto, que la demanda no lo tacha sino que propone que hubo una especie de mutilación al derecho de defensa, al decir que lo previsto para los Seguros Sociales es más amplio, generoso en los términos y la actividad de una comisión de personal cuyo concepto no obligatorio, es por lo menos limitante": que a pesar de que los organismos oficiales, por regla general, tienen un mecanismo para sancionar a sus empleados, el Ministerio Público como verdadero fiscalizador constitucional de la administración pública, puede adelantar o asumir el diligenciamiento del proceso disciplinario que venía realizando el órgano administrativo, con sujeción a lo dispuesto en la ley 25 de 1974, pues no tendría sentido "someterse a los rituales que cada entidad pública concibió cuando la misma ley que organizó el Ministerio Público, desarrolló una donde el derecho a la defensa es incuestionable". (folios 179 y 180).

EL RECURSO

El actor censura el fallo argumentando que es antitécnico o casi imposible resolver una controversia mediante aplicación directa de normas constitucionales, pues ello debe hacerse con fundamento en los desarrollos legales que se hagan de aquellas; que el artículo 143 de la Carta no atribuye al Ministerio Público función alguna relacionada con las investigaciones administrativas, simplemente en él se enuncia el principio de "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos lo que *jamás* se puede identificar o entender como régimen disciplinario"; que ese poder de vigilancia que otorga la Constitución a la Procuraduría, gramaticalmente significa una actitud preventiva, más no puede entenderse como un régimen disciplinario.

Y concluye:

> "Por ello, hay que juzgar los actos administrativos censurados conforme al Decreto-Ley 1651 de 1977, no solo por ser norma especial para los funcionarios de la seguridad social sino porque implícitamente está modificando la Ley 25 de 1974 respecto de los funcionarios de la seguridad social. Habiendo que concluir que la citada Ley 25 NO es aplicable al demandante". (folio 183).

Aduce igualmente en apoyo de su planteamiento, que de conformidad con las prescripciones del artículo 1° de la ley 13 de 1984 el régimen disciplinario en ella previsto no se aplica a los funcionarios que en esa materia se encuentran regulados por leyes o decretos especiales y que el artículo 23 de la ley 25 de 1974 "no tiene operancia ante la reglamentación especial y expresa que en materia disciplinaria tiene previsto el Decreto Ley 1651 de 1977 que dicho sea de paso tiene la misma jerarquía que aquella". (folios 183 y 184).

Concluye diciendo que si el proceso disciplinario no se sujetó a lo prescrito en el decreto 1651, se violó el principio del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Política.

CONCEPTO FISCAL

El Ministerio Público en la vista de rigor manifiesta que si bien el Consejo de Estado ha sostenido que el decreto 1651 de 1977 no modifica, restringe o deroga la facultad del Ministerio Público reglamentada por la Ley 25 de 1974 de supervigilar la conducta oficial de los empleados del Estado, en su concepto, por la especialidad y posterioridad, el decreto citado prevalece sobre la Ley 25 de 1974 que contiene un régimen disciplinario general aplicado por la Procuraduría General de la Nación, de modo que "la competencia para iniciar, tramitar y culminar los procesos disciplinarios contra los empleados del I.S.S. radica en cabeza de los directivos de tal entidad, en la forma prevenida en los artículos 64, 70, 71 del Decreto Extraordinario 1651 de 1977, cuenta con inobjetable respaldo constitucional y legal, sin que ello implique que esta Fiscalía desconozca la clara previsión del artículo 145 de la Carta, por cuya virtud la Procuraduría puede y debe, en cumplimiento de tal mandato, vigilar la conducta de los empleados públicos, detectar sus faltas y, en casos de régimen especial como el ocurrente, ponerlas en conocimiento de los directivos del I.S.S., e intervenir en el correspondiente proceso disciplinario en procura de la condigna sanción. Es la manera de conciliar la preceptiva constitucional y legal en comento". (folios 191 y 192).

Y añade la Fiscalía:

> "En el *sub-lite* se quebrantaron también los principios que informan el Instituto Jurídico del debido proceso al fulminarse o recomendarse la destitución del demandante sin escuchar el concepto previo de la Comisión de Personal, tal como lo manda el parágrafo del artículo 64 del Decreto Extraordinario 1651 de 1977".

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal alguna de nulidad, se decide, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Se admite en la demanda y consta en autos que el actor simultáneamente se desempeñaba como médico especialista clase III, Grado 38, radiodiagnóstico UPZ-8 CAB Central en la Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales, entidad en la cual debía laborar ocho horas diarias de 8 a.m. a 4 p.m. de lunes a viernes y a partir de las 5 p.m. los días jueves compensaba las horas restantes; y como médico de la misma especialidad en la Congregación Mariana de Medellín con cinco horas diarias de 7 a 8 a.m. y de 1 a 4 p.m., presentándose un cruce de tres horas diarias en las jornadas laborales que debía cumplir en dichas instituciones. Por ello fue investigado y sancionado por la Procuraduría, teniendo en cuenta lo previsto en la ley 25 de 1974.

En el escrito sustentario del recurso de alzada se plantea, como se hizo en la demanda, la incompetencia del Ministerio Público para juzgar y sancionar su conducta en su condición de funcionario de la Seguridad Social del Instituto de Seguros Sociales; se insiste en que a tales servidores públicos no les son aplicables las normas de la ley 25 de 1974, sino las del decreto 1651 de 1977, "no solo por ser ésta una Ley *anterior* al Decreto 1651, sino por ser éste último una norma especial para los funcionarios de la seguridad social". (folio 38).

En diferentes oportunidades el Consejo de Estado ha puntualizado que la facultad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación provenía de los artículos 143 y 145 de la Constitución Nacional de 1986. El primero, la autorizaba para supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, de todos sin excepción, y el segundo, establecía como función especial del Procurador General de la Nación "cuidar de que todos los funcionarios al servicio de la nación desempeñen cumplidamente sus deberes".

Mediante la Ley 25 de 1974, orgánica de la Procuraduría General de la Nación, se señaló el régimen de ejercicio de la facultad disciplinaria sobre los empleados oficiales que le atribuye la Constitución y con sujeción estricta a esa ley, como lo reconoce el apelante, se adelantó el proceso disciplinario en su contra.

Igualmente, la Corporación ha sostenido que la potestad disciplinaria que corresponde al Ministerio Público no es incompatible con la facultad disciplinaria conferida a los superiores jerárquicos de los empleados públicos, y de la que se ocupa el decreto 1651 de 1977 respecto del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que mientras aquella es desarrollo de los citados preceptos constitucionales, ésta la consagra el legislador en orden a lograr la efectiva aplicación del poder disciplinario que detenta la administración derivado de las jerarquías administrativas, constituyendo la primera el control disciplinario externo de los servidores estatales y, la segunda, el régimen disciplinario interno ejercido sobre los mismos.

Sin embargo, cabe advertir que la supervigilancia de la conducta de los servidores oficiales, asignada por la Constitución a la Procuraduría General de la Nación, implica su prevalencia frente a la facultad de vigilancia administrativa ejercida por los respectivos superiores jerárquicos, de suerte que cuando aquella avoca el conocimiento de la investigación disciplinaria contra el empleado público, desplaza a la administración que debe abstenerse de iniciar o continuar otra investigación por los mismos hechos.

En este orden de ideas, se tiene que las disposiciones legales reguladoras de regímenes disciplinarios especiales aplicables a los funcionarios de determinado organismo estatal, no tienen fuerza preponderante sobre las disposiciones que reglamentan la potestad de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos que la Carta Política otorga a la Procuraduría General de la Nación. Por manera, que el Decreto 1651 de 1977, no obstante contener el régimen disciplinario de los funcionarios de la Seguridad Social, no modifica, restringe o deroga ni la facultad conferida a la Procuraduría, ni el procedimiento que para su ejercicio se estableció en la ley 25 de 1974.

Resta agregar que, a juicio de la Sala, son equivocados los reparos que el recurrente hace al fallo apelado por fundamentarse exclusivamente en los artículos 143 y 145 de la Constitución Política, ya que su invocación por el a-quo obedece a la precisión que se hizo acerca del origen de la potestad disciplinaria que ostenta la Procuraduría. En la sentencia se puntualiza además, que dicha facultad tuvo pleno desarrollo legal a través de los preceptos contenidos en la ley 25 de 1974, normatividad que se observó a cabalidad.

Indudablemente el Ministerio Público tenía competencia para investigar y sancionar disciplinariamente al actor, como lo hizo, siguiendo el procedimiento señalado en la ley 25 de 1974, porque la Procuraduría solo se rige, al adelantar investigaciones disciplinarias, por lo preceptuado en dicha ley.

En tal virtud, fuerza concluir que se impone la confirmación de la sentencia denegatoria de las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 14 de agosto de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por el señor Gabriel Enrique Dib David.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRASLADO/RENUNCIA

Con la aceptación de la renuncia de la actora en un cargo del cual no estaba posesionada, es necesario poner de presente que ya había sido trasladada a ese, y al no aceptar dicho traslado estaba renunciando a su permanencia en el servicio, pues mientras esa medida estuviera en firme, ella debía cumplirla y no le era posible permanecer en el empleo que venía desempeñando antes del traslado.
De toda formas, al renunciar manifestó su voluntad de retirarse del servicio, y no es jurídico afirmar a priori que un traslado constituya presión indebida, por cuanto la autoridad nominadora está facultada para trasladar a los empleados y no habiendo sido controvertida el acto que ordenó el de la actora, mal podría concluirse que fuera ilegal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda.

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

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref: Expediente No. 4881. Autoridades Nacionales. Actor: *Victoria Eugenia Marín*

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 20 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES:

La señora Victoria Eugenia Marín controvirtió ante el Tribunal la legalidad de la resolución No. 0112 de 22 de febrero de 1985 dictada por el Gerente del SENA -Regional del Valle del Cauca, mediante la cual se le aceptó la renuncia del em-

pleo de Jefe de Departamento, grado 46, Selección, Registro y Promoción, a partir del 4 de marzo del citado año. (folios 2 y 3 cdno. ppal.).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento, denegó las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que las pruebas testimonial y documental traídas al proceso de modo alguno conducen a determinar de manera incontrovertible que el traslado de que fue objeto se hubiera llevando a cabo con el fin de provocar la renuncia de la actora del empleo que desempeñaba; que quedó demostrado en el caso sub-lite que el traslado realizado no fue para un cargo sin funciones, con el propósito de desmejorar laboralmente a la demandante; que además de que los empleos venían funcionando, pertenecían al mismo nivel jerárquico; que la actora reunía las condiciones mínimas necesarias para el ejercicio de tales cargos; que estando dentro de las facultades del nominador efectuar los traslados que considerará indispensable, se presume que el acto fue ejecutado dentro del ejercicio del poder discrecional y en mejoramiento del servicio; que no está probado que hubiera existido un móvil diferente, pues si bien los testigos dan cuenta de algunas divergencias entre la demandante y su superior jerárquico, no se estableció nexo causal alguno entre estas y el traslado, el cual operó mucho tiempo después de ocurridos los incidentes; que así las cosas, la renuncia en el caso sub-lite no fue producto de presión alguna, ya que no se acreditó ninguna maquinación tendiente a impedir la continuación en el nuevo cargo; que no sobra advertir que el argumento planteado por la actora en cuanto habérsele aceptado la renuncia de un empleo distinto al que ella renunció, no corresponde a la realidad, puesto que a partir del momento en que se le hizo el traslado éste empezó a tener vigencia, según lo consagra la resolución No. 0075 de febrero 15 de 1985; que distinto es que en actitud de rebeldía la demandante no hubiera dado cumplimiento a dicho acto administrativo considerándose todavía vinculada al cargo anterior del cual presentó renuncia (folios 329 a 338 ibídem).

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La parte actora en el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 341 a 345 ibídem) manifiesta su inconformidad con el fallo recurrido, afirmando que quedó probado en el proceso que la demandante no había tomado posesión en el empleo al cual fue trasladada, ni que desempeñó dicho cargo; que al momento en que se vio obligada a presentar su renuncia cumplía las funciones de Jefe de Departamento de Medios Didácticos grado 46 Nivel II de la Unidad de Servicios a la Formación Profesional; que no obstante lo anterior el SENA aceptó la renuncia en el cargo al cual había sido trasladada, con clara violación de las disposiciones indicadas en el libelo; que en el caso sub-lite obran pruebas documentales y testimoniales de que el SENA se valió de una supuesta reestructuración administrativa para llevar a cabo el traslado, reestructuración que no se realizó como lo demuestran declaraciones que constan en el proceso.

EL CONCEPTO FISCAL

El Señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto opina que el fallo apelado debe ser confirmado, al compartir lo dicho por el a-quo en la sentencia recurrida.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la resolución No. 0112 de 22 de febrero de 1985 proferida por el Gerente del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- Regional Valle del Cauca, mediante la cual se le aceptó la renuncia a la demandante del cargo de Jefe de Departamento, grado 46, Selección, Registro y Promoción, a partir del 4 de marzo del referido año.

Analizando los argumentos de la recurrente, en lo que toca con la aceptación de la renuncia en un cargo del cual no estaba posesionada, es necesario poner de presente que ha había sido trasladada a ese, y al no aceptar dicho traslado estaba renunciando a su permanencia en el servicio, pues mientras esa medida estuviera en firme, ella debía cumplirla y no le era posible permanecer en el empleo que venía desempeñando antes del traslado.

De todas formas, al renunciar manifestó su voluntad de retirarse del servicio; y no es jurídico afirmar a priori que un traslado constituya presión indebida, por cuanto la autoridad nominadora está facultada para trasladar a los empleados y no habiendo sido controvertido el acto que ordenó el de la actora, mal podría concluirse que fuera ilegal.

En lo que concierne a que el SENA "se valió de una supuesta reestructuración administrativa para efectuar el traslado a mi representada, reestructuración que no de dio como se demuestra con las declaraciones": (folio 342 ibídem), tal circunstancia no tiene incidencia legal en las decisiones que adopten las autoridades administrativas en materia de traslado de funcionarios, ya que este movimiento de personal puede realizarse por necesidades del servicio, sin que para el efecto se necesite de previa reestructuración administrativa de la entidad donde el empleado se encuentra vinculado.

De otra parte, si la señora Victoria Eugenia Marín consideraba que el traslado efectuado por la administración mediante la resolución No. 0075 de febrero 15 de 1985 se produjo con desviación de poder (folio 104), entre otros motivos, por ser el resultado de un proceso de persecución y hostigamiento en su contra (folios 6 y 99 ibídem), ha debido impugnar ante esta jurisdicción el citado acto administrativo, para probar dentro del proceso dicha desviación de poder y desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara. Estando vigente la resolución contentiva del traslado y presumiéndose éste legítimo, no es posible tenerlo como una presión indebida para que la actora presentara renuncia del empleo.

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 la autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de octubre de 1989, dentro del proceso instaurado por Victoria Eugenia Marín contra la Resolución No. 0112 de febrero 22 de 1985, expedida por el Gerente del SENA -Regional Valle del Cauca.

Cópiese, Notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 30 de septiembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna*, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ISS/EMPRESA/CLASIFICACION DE RIESGOS-Naturaleza/ **JURIS- DICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA**

La clasificación de una empresa en un determinada clase de grado de riesgo es una actividad puramente administrativa que no se deriva de un contrato de trabajo, sino que surge de la necesidad de asignar a los patronos inscritos en el Seguro Social, tarifas acordes con los riesgos que comporten las labores desempeñadas por el personal a su servicio, teniendo en cuenta para ello diferentes factores. El artículo 68 de la Ley 90 de 1946, dispuso que las controversias suscitadas por la aplicación de la ley entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, por razón del seguro, serían de competencia de la justicia del trabajo, lo mismo que las surgidas de la imposición de multas. Pero esta norma expedida en 1946, debe ser interpretada armónicamente con las posteriores contenidas en el C.C.A. que atribuyen competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para controlar todos los actos de las entidades públicas, y el Instituto de Seguros Sociales es un establecimiento público. Así lo indica el artículo 47 del Decreto 1650 de 1977.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref: Expediente No.7236. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: *Sociedad Daccach Hermanos Ltda.*

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Daccach Hermanos Ltda., contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 13 de marzo de 1992.

ANTECEDENTES:

Los actos demandado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho son: las resoluciones Nos. 005 de 9 de enero y 031 de 20 de febrero de 1990, emanadas de la Sub-comisión de Clasificación de Empresas del Instituto de Seguros Sociales —Regional Valle del Cauca—; y la 02076 de 17 de mayo de 1990, expedida por el señor Director General del Instituto de Seguros Sociales, por medio de las cuales se anulan unos números patronales y se adjudica uno solo a la actora, reclasificándola en la Clase II, Grado 12, tarifa 0.84 para efectos del Seguro Social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, dado que, a su juicio, es competente la jurisdicción laboral ordinaria para dirimir los conflictos que se presenten entre los patronos y el Instituto de Seguros Sociales, según el artículo 68 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo.

El apoderado de la Sociedad actora sostiene que, como lo que se pretende es la nulidad de unos actos administrativos proferidos por un establecimiento público del orden nacional y se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la competencia le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y agrega, que las normas en que se apoya el Tribunal fueron derogadas por la expedición del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

El Instituto de Seguros Sociales, en escrito presentado extemporáneamente, solicita se confirme el auto del Tribunal puesto que el presente negocio es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

PARA DECIDIR SE CONSIDERA:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, y aún de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

Dicho artículo señala cuáles decisiones no están sometidas al control de esta jurisdicción.

También el 83 reitera que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, los contratos administrativos y aún los privados que celebren las entidades públicas y en los cuales se haya incluido cláusula de caducidad.

A su vez los artículo 131 y 132 del C.C.A. atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos para conocer de lo distintos asuntos, bien sea en primera o en única instancia.

El numeral 6 se refiere a los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, excluyendo únicamente aquellos que provengan de un contrato de trabajo.

Es decir, que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para juzgar todas las actuaciones de las entidades públicas, salvo aquellas expresamente exceptuadas por la ley, entre las cuales se encuentran, en materia laboral, las que tengan su origen directa o indirectamente en un contrato de trabajo.

Sobre estas bases se analiza el caso concreto de autos, en donde se controvierte la legalidad de tres resoluciones expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, por las cuales se reclasificó a la Empresa Daccach Hermanos Ltda. para efectos del Seguro Social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y de conformidad con esa clasificación de riesgos se le asignó un número patronal unificando los adjudicados antes a cada una de sus sucursales.

En sentir de la Sala, la clasificación de una empresa en una determinada clase y grado de riesgo es una actividad puramente administrativa que no se deriva de un contrato de trabajo, sino que surge de la necesidad de asignar a los patronos inscritos en el Seguro Social, tarifas acordes con los riesgos que comporten las labores desempeñadas por el personal a su servicio, teniendo en cuenta para ello diferentes factores.

Es verdad que el artículo 68 de la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el Seguro Social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dispuso que las controversias suscitadas por la aplicación de la ley entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, por razón del seguro, serían de competencia de la justicia del trabajo, lo mismo que las surgidas de la imposición de multas.

Pero esta norma expedida en 1946, debe ser interpretada armónicamente con las posteriores contenidas en el Código Contencioso Administrativo que atribuyen como ya se vio, competencia a la jurisdicción contencioso administrativo para controlar todos los actos de las entidades públicas, y el Instituto de Seguros Sociales es un establecimiento público. Así lo indica el artículo 47 del Decreto 1650 de 1977.

Quizás en la época en que fue expedida la Ley 90 de 1946 no se tenía mucha claridad acerca de la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales y debido a ello se dispuso que los asuntos con él relacionados fueran juzgados por la justicia del trabajo. Sin embargo, no habiendo ahora duda ninguna al respecto, sus actos en materia administrativa deben ser controlados, como los de todos los establecimientos públicos, por la justicia contencioso administrativa.

Dicha interpretación armónica conduce a concluir que la atribución de competencia hecha en el mencionado artículo 68 de la Ley 90 está reducida a las controversias que se susciten en cuanto al reconocimiento mismo de las indemnizaciones y prestaciones a cargo del Instituto y en favor de sus afiliados, porque tales reconocimientos, aun cuando se produzcan a través de un acto administrativo, se originan en la relación laboral, es decir, en un contrato de trabajo.

Las demás actuaciones, propias del cumplimiento de las funciones asignadas al Instituto, deben estar sometidas al control de la jurisdicción de lo contencioso

administrativo. Como lo está en general la Administración, salvo los casos expresamente exceptuados.

Así por ejemplo, la imposición de multas que según el artículo 68 de la ley 90 estaba controlada por la justicia ordinaria, conforme al artículo 33 del Decreto 1650 de 1977 quedó sujeta a los recursos propios de la vía gubernativa y al procedimiento contencioso administrativo.

Finalmente, en cuanto al artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo, citado también por el Tribunal como fundamento de su decisión, dirá la Sala que esta norma dictada en 1948 se refiere a la competencia que las leyes atribuyan a la jurisdicción del trabajo en materia de Seguro Social. Y ya se analizó anteriormente en qué casos los actos del Seguro Social escapan al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, según lo prescrito en el Código de la materia.

En este orden de ideas es preciso concluir que la controversia planteada por la Sociedad Daccach Hermanos Ltda., mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sí es de conocimiento de esta jurisdicción. En consecuencia, deberá revocarse el auto apelado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto de 13 de marzo de 1992, por el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción, en el proceso promovido por la Sociedad Daccach Hermanos Ltda. contra las resoluciones proferidas por el Instituto de Seguros Sociales para reclasificar su número patronal.

En consecuencia, devuélvase el expediente al Tribunal a fin de que profiera el correspondiente fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 30 de septiembre 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.

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO-Personal/NOMBRAMIENTO/ PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/COMPETENCIA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/NOMBRAMIENTO ILEGAL

El Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada con personería Jurídica propia sino "un sistema de manejo de cuentas" de los previstos en el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968. Pertenece el Fondo al del Ministerio de Salud y por ello el nombramiento y remoción de los funcionarios adscritos a esa dependencia, en principio correspondía al Presidente de la República conforme a lo dispuesto por el artículo 120, numeral 5o. de la Constitución Política de 1886 o al Ministerio de Salud por delegación. Sin embargo, encuentra la Sala que como el mismo accionante lo enuncia existe el Acuerdo No. 003 expedido por la Junta Administradora del Fondo, en el cual se otorgó la facultad de nombramiento y remoción del personal del Fondo a la propia Junta, previa propuesta del Director. Estando vigente el Acuerdo 003 de 1976, para la anulación de los actos acusados habría que decidirse la inaplicación del Acuerdo por ser contrario a la Constitución Política lo que implicaría dar curso a la excepción de inconstitucionalidad que ninguno de los demandantes pidió ni sustentó y que, por otra parte, no surge en forma evidente, toda vez que para llegar a la convicción de su contrariedad con el precepto constitucional que atribuye al Presidente de la República la facultad de nombrar a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no corresponde a otros funcionarios o corporaciones según la Constitución o leyes posteriores, habría que analizar el alcance del Decreto 1935 de 1973 que dispuso en su artículo 31 que el Fondo sería administrado conjuntamente por el Ministerio de Salud Pública y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de los contratos interadministrativos celebrados entre el Gobierno Nacional y el Instituto de Seguros Sociales, el primero de los cuales, otorgó la administración del Fondo a una Junta integrada por el Ministro de Salud Pública o su delegado, el Director del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del Presidente de la República. En suma, en tanto esté vigente el Acuerdo 003 de 1976, no puede la Sala por vía de excep-

ción desconocer sus efectos jurídicos. De otra parte, es claro que según las hojas de vida de los accionantes, todos ellos fueron nombrados por la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario de manera que la pretensión de restablecimiento, aún prosperando la de nulidad no procedería, porque de un nombramiento ilegal no pueden derivarse derechos que deban ser restablecidos, como en casos similares lo ha dicho esta Corporación.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., 22 de octubre de 1992

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 1736. RESOLUCIONES MINISTERIALES. ACUMULADOS 1726-1734-1737 Y 1731. ACTOR: *Carlos Santana Bahamon Y Otros.*

Se resuelven las demandas presentadas en ejercicio de la acción de plena jurisdicción prevista en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, por los señores Alberto Rocha Olaya, Joaquín Sánchez Rozo, Humberto Hernández Guzmán, Carlos S. Santana Bahamón y Armando Bohórquez Arboleda contra el Acuerdo No. 69 de septiembre 22 de 1982 originario de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario.

ANTECEDENTES:

Mediante providencia de febrero 2 de 1989 se decretó la acumulación de los procesos No. 1736, actor: Carlos Santana Bahamón, 1726, actor: Armando Bohórquez Arboleda; 1734, actor Alberto Rocha Olaya; 1737, actor: Joaquín Sánchez Rozo y 1731, actor: Humberto Hernández Guzmán, a efecto de que fueran decididos en una misma sentencia de acuerdo con lo prevenido en el numeral 1o. del artículo 149 del antiguo Código de Procedimiento Civil. (fls. 37-40 expediente 1736).

En los procesos acumulados, se hicieron las siguientes peticiones individuales:

a) Proceso 1736, actor: Carlos Santana Bahamón, se pide la nulidad del artículo 4o. del Acuerdo No. 069 del 22 de septiembre de 1982 de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por medio del cual se le declaró insubsistente en el cargo de Jefe de División, Código 2040, Grado 16 y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma impetrada en el petitum de la demanda. (fl. 2)

b) Proceso 1726, actor: Armando Bohóquez Arboleda, se solicita la nulidad del artículo 2o. del Acuerdo 069 del 22 de septiembre de 1982 de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por el cual se le declaró insubsistente del cargo de Jefe de Sección, Código 2075, Grado 05 y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma propuesta en el petitum de la demanda. (fl. 2)

c) Proceso 1734, actor: Alberto Rocha Olaya, se pide la nulidad del artículo 19 del Acuerdo 069 de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por el cual se le declaró insubsistente del Cargo de Jefe de Sección, Código 2075, Grado 09 y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma indicada en el petitum de la demanda. (fl. 2)

d) Proceso 1737, actor: Joaquín Sánchez Rozo, se solicita la nulidad del artículo 17 del Acuerdo 069 del 22 de septiembre de 1982 de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por el cual se le declaró insubsistente en el cargo de Jefe de Grupo, Código 2085, grado 06 y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma señalada en el petitum de la demanda. (fl. 2)

e) Proceso 1731, actor: Humberto Hernández Guzmán, se pide la nulidad del artículo 6o. del Acuerdo 069 del 22 de septiembre de 1982 de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario, por el cual se le declaró insubsistente del cargo de Jefe de División, Código 2040, grado 14 y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma planteada en el petitum de la demanda. (fl. 2)

2) Los HECHOS de las cinco demandas, pueden resumirse así:

a) El Decreto 687 de 1967 dispuso "que el Gobierno Nacional y el Instituto de los Seguros Sociales celebrarán un contrato para acordar todo lo concerniente con el Fondo Hospitalario para efecto de construcción y dotación de hospitales, fondo que será administrado conjuntamente por el Ministerio de Salud y el Instituto de los Seguros Sociales.

b) En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 23 de la norma anterior, la Nación-Ministerio de Salud y de Hacienda y Crédito Público- y el Instituto de los Seguros Sociales celebraron el contrato correspondiente.

c) Se pactó en el contrato de 14 de julio de 1967 que la administración del Fondo estaría a cargo de una Junta integrada por el Ministerio de Salud o su delegado, quien la presidirá, el Director General del Instituto de Seguros Sociales y un representante del Presidente de la República.

d) Inicialmente la Junta expidió el Acuerdo 28 de junio 10 de 1968 como estatuto orgánico del Fondo Nacional Hospitalario.

e) Posteriormente se expidió el Acuerdo 003 de enero 26 de 1976 que contiene el reglamento de administración y funcionamiento del Fondo Nacional Hospitalario y de acuerdo con el artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, sería un fondo financiero.

f) En el Acuerdo 003 se determinó entre las funciones de la Junta Administradora la de "nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo", según el literal f) del artículo 8o.

g) El Decreto 1315 de 1978 dispuso que la planta de personal del Fondo se adoptará con sujeción a las normas generales establecidas para los empleados públicos por el Decreto 1042 de 1978, y el Decreto 1647 de 1978 determinó la planta de personal del Ministerio de Salud, incluidos los empleados del Fondo.

h) Los cargos de los demandantes estaban previstos en la planta de personal creada por el Ministerio de Salud por el Decreto 1647 de 1978.

i) La Junta Administradora del Fondo mediante el acto acusado, declaró insubsistentes los nombramientos de los demandantes. (fls. 3-5 todos los expedientes).

3. El concepto de violación, que en todas las demandas es igual, se desarrolla precisando que el Decreto 687 de 1967 no creó una persona jurídica de derecho público, por lo cual el Fondo Nacional Hospitalario es un sistema de administrar unos recursos especiales por parte del Ministerio de Salud y el Instituto de Seguros Sociales y que para el efecto se celebró un contrato entre la Nación y el Instituto. Que la junta administradora mediante Acuerdo 28 de junio 10 de 1968 adoptó un estatuto orgánico, en el cual se le da tratamiento de persona jurídica en contradicción con el artículo 23 del Decreto 687 de 1967 que califica el Fondo como un sistema especial de administración de recursos. Posteriormente el artículo 5o. del Decreto 121 de 1976 incluyó al Fondo como parte de la organización administrativa del Ministerio de Salud y el artículo 37 ibídem, reitera que el Fondo continuará funcionando de acuerdo con el Decreto 687 de 1967.

Igualmente la Junta expidió el Acuerdo 003 de 26 de enero de 1976, reglamento de administración y funcionamiento del Fondo y lo definió como un Fondo financiero de acuerdo con lo previsto en el artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968, pero en el artículo 8o. literal f) el Acuerdo facultó a la Junta Administradora para nombrar y remover el personal del Fondo lo que es injurídico, pues como el Decreto 1647 de 1978 dispuso que los empleados del Fondo son servidores del Ministerio de Salud, la capacidad de nombramiento y remoción de esos servidores no pertenece a la Junta Administradora del Fondo sino al Presidente de la República, o al Ministro en los casos en que ha sido delegado; que como las insubsistencias fueron declaradas por la Junta Administradora del Fondo es evidente que los actos demandados adolecen del vicio de incompetencia por violación del numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Afirma por otra parte que los actos enjuiciados están afectados de falsedad, pues la Junta los aprobó con posterioridad de la fecha de su expedición. (fls. 5-9 todos los expedientes).

4) El Fiscal Cuarto de la Corporación conceptúa que las súplicas de las demandas deben ser acogidas porque el cargo de incompetencia del acto acusado tiene respaldo en lo previsto en el artículo 5o. del Decreto 121 de 1976; 1o. del Decreto 1647 de 1978; 4o. del Decreto 1315 de 1978 y numeral 5o. del artículo 120 de la Constitución de 1886, pues el Fondo Nacional Hospitalario no tiene personería jurídica propia, ni facultad nominadora del personal a su servicio. (fl. 48-59 expediente 1736)

Todos los procesos fueron reconstruidos en la forma prevista en el Decreto 3825 de 1985 y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Ciertamente como lo afirma el demandante, el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada con personería jurídica propia sino "un sistema de manejo de cuentas" de los previstos en el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968.

Pertenece el Fondo al del Ministerio de Salud y por ello el nombramiento y remoción de los funcionarios adscritos a esa dependencia, en principio correspondía al Presidente de la República conforme a lo dispuesto por el artículo 120, numeral 5o. de la Constitución Política de 1886 o al Ministro de Salud, por delegación.

Sin embargo, encuentra la Sala que como el mismo accionante lo anuncia existe el Acuerdo No. 003 expedido por la Junta Administradora del Fondo, en el cual se otorgó la facultad de nombramiento y remoción del personal del Fondo a la propia Junta, previa propuesta del Director.

Esta disposición se encontraba vigente al momento de dictarse los actos acusados, pues ni había sido derogada ni había sido suspendida por la jurisdicción contencioso administrativa. La derogatoria tácita por el Decreto 1315 de 1978 a que alude el accionante con fundamento en que el acto citado dispuso que la planta de personal del fondo se adoptaría con sujección a las normas generales del Decreto 1042 de 1978, no tuvo ocurrencia, como quiera que el Decreto 1042 en nada se refiere a competencias para nombramiento y remoción de empleados sino al sistema de nomenclatura y clasificación de empleos y escalas de remuneración.

De manera que, estando vigente el Acuerdo 003 de 1976, para la anulación de los actos acusados habría que decidirse la inaplicación del Acuerdo por ser contrario a la Constitución Política lo que implicaría dar curso a la excepción de inconstitucionalidad que ninguno de los demandantes pidió ni sustentó y que, por otra parte, no surge en forma evidente, toda vez que para llegar a la convicción de su contrariedad con el precepto constitucional que atribuye al Presidente de la República la facultad de nombrar a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no corresponde a otros funcionarios o corporaciones según la Constitución o leyes posteriores, habría que analizar el alcance del Decreto 1935 de 1973 que dispuso en su artículo 31 que el Fondo sería administrado conjuntamente por el Ministerio de Salud Pública y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de los contratos interadministrativos celebrados entre el Gobierno Nacional y el Instituto de Seguros Sociales, el 14 de julio de 1967 y el 5 de mayo de 1980, el primero de los cuales, otorgó la administración del Fondo a una Junta integrada por el Ministro de Salud Pública o su delegado, el Director del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personal del Presidente de la República (cláusula 6).

En suma, en tanto esté vigente el Acuerdo 003 de 1976, no puede la Sala por vía de excepción desconocer sus efectos jurídicos.

De otra parte, es claro que según las hojas de vida de los accionantes, todos ellos fueron nombrados por la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospita-

lario de manera que la pretensión de restablecimiento, aún prosperando la de nulidad no procedería, porque de un nombramiento ilegal no pueden derivarse derechos que deban ser restablecidos, como en casos similares lo ha dicho esta Corporación.

Por último anota la Sala que el cargo de falsedad del Acuerdo 069 de 1982 consistente en que "su aprobación por la Junta se efectuó con posterioridad a la fecha de su expedición" no se aprobó y, por el contrario según copia del Acta No. 020-82 que obra a folio 148 del expediente 1737, no es cierto, toda vez que las insubsistencias fueron acordadas por la Junta el 22 de septiembre de 1982, fecha en la que se expide el Acuerdo acusado.

Los razonamientos anteriores son suficientes para considerar que no es del caso acceder a las pretensiones de las demandas acumuladas.

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 pretensiones de las demandas en los procesos 1736, 1726, 1734, 1737 y 1731, promovidos, en su orden, por Carlos Santana Bahamón, Armando Bohórquez Arboleda, Alberto Rocha Olaya, Joaquín Sánchez Rozo y Humberto Hernández Guzmán contra la Nación —Ministerio de Salud—.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente*; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO/ASAMBLEA GENERAL/AFILIADOS-Requisitos

Para la Sala resulta suficiente para declarar la invalidez de la asamblea general llevada a cabo por SINTUCOOP, la circunstancia de que algunos de los que se consideraban como afiliados a esta organización sindical que asistieron y votaron en la citada asamblea no estuvieran a paz y salvo, acorde con lo dispuesto en el artículo 8o. parágrafo 2o. de sus estatutos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., 22 de octubre de 1992

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*. Ref.: Expediente No. 3187. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Sindicato de Trabajadores del Instituto Universitario de Economía y Cooperativismo.*

El Sindicato de Trabajadores del Instituto Universitario de Economía y Cooperativismo, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", presentó demanda ante esta Corporación para que se hagan las siguientes o similares declaraciones:

PRIMERA: Que es nulo el acto complejo integrado por las Resoluciones Números 0083 de 6 de marzo de 1987, 0144 de 5 de mayo del mismo año, expedidas por el Inspector Quinto de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social y la número 0248 de 31 de julio del corriente año, emanada del Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamento de trabajo y Seguridad Social de Antioquia, por medio de las cuales se declaró sin validez la Asamblea General Seccional realizada el 23 de noviembre de 1986 del Sindicato Nacional de Trabajadores de Universitario de Economía y Cooperativismo `Indesco' —Sintucoop por haber actuado en ella personas ex-

trañas al Sindicato, absteniéndose de ordenar la inscripción en el registro sindical de la designación de cargos de la Junta Directiva por cuanto su elección no se cumplió conforme a los estatutos que rigen a la agremiación sindical.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título del restablecimiento del derecho, se declare que la Asamblea General de la Seccional de Medellín del Sindicato de Trabajadores del Instituto Universitario de Economía y Cooperativismo 'Indesco' —Sintucoop— realizada el 23 de noviembre de 1986 es válida por haberse ajustado a los estatutos y además, se ordene la inscripción en el Registro Sindical de la designación de cargos de la Junta Directiva.

Tercera: Que se dé cumplimiento al fallo que resulte de este proceso en el término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo". (folios 83 y 84).

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de los actos acusados, los artículos 16, 17, 26 y 44 de la Constitución Política anterior; 12, 19, 21, 353, 373 numeral 7, 386 y 399 del Código Sustantivo del Trabajo; 84 del Código Contencioso Administrativo; 13 parágrafo 2 de la resolución general No. 4 proferida por el Jefe del Departamento Nacional de Supervigilancia Sindical; 3 de la ley 26 de 1976; 1 numeral 2 de la ley 27 de 1976; 1,3 y 4 del decreto reglamentario 1469 de 1978 y demás disposiciones concordantes (folio 84).

Al exponer el concepto de la violación, la parte actor señala que del acto complejo acusado y de la investigación administrativa que dio origen al mismo se determina que la Universidad Cooperativa de Colombia INDESCO-realizó una serie de despidos de trabajadores sindicalizados con el objeto de terminar con la subdirectiva de la ciudad de Medellín, despidos que se ocasionaron con motivo de la tramitación legal de un pliego de peticiones y del ejercicio legítimo del derecho de huelga; que el acto impugnado adolece de falsa motivación al afirmar que la asamblea de la subdirectiva de Medellín de SINTUCOOP celebrada el 23 de noviembre de 1986 no se ajustó a las normas estatutarias e intervinieron personas extrañas en dicha asamblea; que la asamblea general de la subdirectiva fue convocada oportunamente y existió el quorum necesario para deliberar y decidir; que por el hecho de que un trabajador sea despedido de la empresa no pierde el carácter de socio del sindicato; que en el caso sub-lite se trata de un sindicato de base y no gremial, por lo que son aplicables los principios consignados en la sentencia de la Corporación de octubre 21 de 1980; que de conformidad con el artículo 4 del decreto reglamentario 1469 de 1978 se aprecia que el vínculo sindical de los trabajadores despedidos no había terminado y que por el contrario los trabajadores a quienes se les cancelo unilateralmente el contrato de trabajo manifestaron expresamente su deseo de continuar laborando al servicio de la entidad empleadora y consecuencialmente vinculados a la organización sindical al promoverse procesos de reintegro al empleo; que el acto acusado peca de falsa motivación y de desviación de poder al decir que el señor Hernando Manuel Quintana había dejado de pertenecer al sindicato por el hecho de enviar su renuncia a la organización sindical y al jefe de personal de la universidad; que el sindicato en ningún momento

tuvo conocimiento de la renuncia del señor Quintana, pues ella no llegó a su poder y se enteró de esa situación con el pronunciamiento del acto impugnado.

Y concluye así la parte actora en el escrito demandatorio el concepto de la violación:

> "También es falsa la motivación del acto glosado en cuanto asevera que los señores Orlando Rivera y Rosa Elena Castaño, socios del sindicato en comento, no eran trabajadores de la Universidad. Deduce esa falsa concepción del hecho de que el primero era profesor de hora cátedra y la segunda, aseadora y a quien se le pagaba por "memorando". Tal parecer no se ajusta a la realidad jurídica, pues, con ambas personas sí existía relación contractual laboral a términos de los artículos 22 y siguientes del ordenamiento sustantivo laboral.
>
> Lo que ocurre es que el investigador administrativo laboral no agotó el procedimiento, ni aceptó los medios de prueba postulados por el Sindicato, incurriendo en falsas apreciaciones y motivaciones, circunstancias que desdibujan totalmente la presunción de legalidad que ampara el acto complejo administrativo demandado". (folios 87 y 88).

En la contestación de la demanda (folios 126 a 138), el apoderado de la Universidad Cooperativa de Colombia señala que los actos impugnados tienen plena vigencia por haber actuado en la asamblea nacional de Sintucoop llevada a cabo el 23 de noviembre de 1986, personas extrañas a la organización sindical y plantea como excepciones la caducidad de la acción, falta de legitimación, falta de interés para recurrir, cosa juzgada y aquellas que resulten probadas.

Al contestar la demanda (folios 139 a 142), el apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) expresa que carece de fundamento lo dicho por el actor respecto de que aparece probado que INDESCO realizó una serie de despidos de trabajadores sindicalizados, con el fin de acabar con la subdirectiva de Medellín de la organización sindical; que no puede sostenerse en el caso sub lite hubo falsa motivación en los actos enjuiciados, ya que los motivos invocados en éstos sí existieron; que se probó la desvinculación de un número de trabajadores de INDESCO afiliados al sindicato, no pudiendo éste por ser de base obligarlos a mantenerse afiliados y ni siquiera considerarlos asociados hasta el año siguiente a su retiro de la empresa, por sólo tener ello aplicación en los sindicatos de gremio; que no corresponde al sindicato, una vez terminado el contrato de trabajo, decidir sobre la permanencia o retiro del afiliado en la organización, pues tal mandato fue anulado por el Consejo de Estado el 21 de octubre de 1980, expediente No. 2913, Consejera Ponente Aydeé Anzola Linares.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, conceptuó que no se debe acceder a las súplicas de la demanda, con base en los planteamientos que se transcriben a continuación:

> "La argumentación central de la actora está enderezada a demostrar que en la Asamblea en referencia las personas que actuaron, sí pertenecían al Sindicato y, para el efecto, en vía gubernativa se dispuso que el Sindicato

exhibiera los libros de afiliados para que se verificara si se encontraban a paz y salvo. En la audiencia señalada para la exhibición el Representante del Sindicato solicitó un término prudencial para presentar los libros, lo que, a la postre, no se cumplió (folio 10), por ello, en la Resolución culminante de la actuación administrativa se confirmó lo inicialmente decidido por cuanto no se presentaron pruebas con eficacia suficiente para desvirtuar lo establecido por el Ministerio de Trabajo en inspección judicial llevada a cabo el 27 de febrero de 1987.

Ya en sede jurisdiccional, esa prueba se sigue echando de menos, puesto que las inspecciones judiciales solicitadas para tal efecto en los numerales XIII y XIV del capítulo de pruebas del libelo de demanda, tampoco, por indolencia de la actora, se practicaron. Así las cosas, por deficiencia probatoria las súplicas de la demanda deben ser negadas". (folio 512).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso sub-examine la legalidad de los siguientes actos administrativos impugnados por el Sindicato de Trabajadores del Instituto Universitario de Economía y Cooperativismo-SINTUCOOP, a través de apoderado:

Resolución No. 0083 de marzo 6 de 1987 dictada por el Inspector Quinto de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, mediante la cual al resolverse una petición se declara que la asamblea general seccional Medellín realizada el 23 de noviembre de 1986 SINTUCOOP carece de validez por haber actuado en ella personas extrañas al sindicato y se abstiene de ordenar la inscripción en el registro sindical de la designación de cargos de la junta directiva, por cuanto la elección no se cumplió de conformidad con los estatutos que rigen a la citada organización sindical.

Resolución No. 0144 de mayo 5 de 1987 expedida por el referido funcionario, a través de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 0083 de 1987 y se confirma en todas sus partes este acto administrativo.

Resolución No. 0248 de julio 31 de 1987 proferida por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación contra la resolución No. 0083 de 1987 y se confirma en todas sus partes esta providencia.

En lo atinente a las excepciones propuestas por el apoderado de la Universidad Cooperativa de Colombia, estima la Sala que ellas carecen de fundamento legal, pues es evidente que no se produjo la caducidad de la acción, ya que la demanda se presentó en el Tribunal Administrativo de Antioquia el 27 de noviembre de 1987 y se recibió en el Consejo de Estado el día 30 del mismo mes y año (folio 91 vuelto) y la resolución No. 0248 de 1987 se profirió el 31 de julio (folio 12).

Tampoco se ha dado en este asunto la falta de legitimación, falta de interés para recurrir y cosa juzgada, como lo plantea el referido apoderado, pues SINTUCOOP como organización sindical afectada por los actos administrativos impugnados expedidos por autoridades del trabajo, bien podía ejercer ante esta jurisdicción la acción de restablecimiento del derecho en la forma como lo hizo, contra la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) como se infiere del escrito demandatorio.

Procede por lo tanto el estudio de fondo del asunto.

Correspondía a la parte actora en el presente proceso demostrar de manera fehaciente la falsa motivación alegada para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos enjuiciados; debió probar que los motivos que llevaron a las autoridades del trabajo para declarar que la asamblea general que alude la resolución No. 0083 de 1987 carece de validez y, por consiguiente, abstenerse de ordenar la inscripción en el registro sindical de los miembros de la correspondiente junta directiva, no se ajustan a la realidad de los hechos, demostración que no se produjo en el caso sub-lite como lo expone acertadamente la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo.

En el considerando de la resolución impugnada No. 0083 de marzo 6 de 1987 se expresa:

> "Respecto a la comprobación de que los asistentes a la asamblea general en referencia, se encontraban a paz y salvo con el sindicato, esta prueba no fue suministrada por el Presidente el día 23 de febrero de 1987, día señalado por el mismo en el momento de terminar la Inspección Judicial a la Universidad.
>
> En resumen, la Asamblea General del 23 de noviembre de 1986, se constituyó en la siguiente forma: 12 afiliados que estaban vinculados a la Universidad y por tanto se les retenía las cuotas sindicales, 9 afiliados o exafiliados que habían dejado de pertenecer a la Universidad desde el 5 de noviembre de 1985, 5 afiliados desvinculados del ente Universitario desde el 14 de junio del año anterior, HERNANDO MANUEL QUINTANA, quien renunció al Sindicato desde el 22 de julio de 1986, según consta a folios 18 del expediente, MARIO ZAPATA que entabló acción de Reintegro y ROSA ELENA CASTAÑO que no figura en las nóminas de la Universidad, total 29 asistentes.
>
> Según el listado del Sindicato que dice poseer 48 afiliados, hay que descartar a 13 exafiliados que fueron desvinculados el 5 de noviembre de 1985, a HERNANDO MANUEL QUINTANA que renunció, en estas condiciones quedaría el Sindicato con 34 socios, 13 de ellos activos y el resto inactivos, puesto que no se encuentran a paz y salvo con la agremiación sindical.
>
> Dadas estas circunstancias, en la Asamblea General Seccional Medellín realizada el 23 de noviembre de 1986, actuaron personas extrañas al Sindicato y depositaron su voto, por otra parte, votaron algunos---sin estar a paz y salvo como lo ordena el Art. 7o. parágrafo 2o. de los Estatutos, ésto,

tomándolos como socios activos tal como presuntamente lo establece el art. 399 del C.S. DEL TRABAJO". (folio 3).

Y en la parte considerativa de la resolución No. 0248 de julio 31 de 1987 se manifiesta:

"Ahora, la ley exige un mínimo de requisitos para ser directivo sindical, mas los estatutos del organismo sindical exige otros tantos, entre ellos el de encontrarse al momento de su elección, a paz y salvo.

Al respecto tenemos que por auto de febrero 5/87, el Inspector de conocimiento pedía entre otros, que el sindicato exhibiera los libros de afiliados para que se verificara que se encontraban a paz y salvo. Auto éste que se comunicó a los interesados el 16 del mismo mes de febrero.

En la precitada audiencia el representante sindical señor Cárdenas Jaramillo solicita se le conceda un término prudencial para presentar los libros donde los socios se encuentran a paz y salvo, que sería el día 23 de febrero; pero en dicha fecha no cumplieron con lo solicitado por el Despacho, demostrando así negligencia para probar algo solicitado por el funcionario competente (folio 30)". (folio 10).

Lo anterior indica que la invalidez de la asamblea fue declarada por dos razones: primero, porque no todos los votantes eran afiliados al Sindicato (unos ya no eran trabajadores de la empresa, otro había renunciado a la agremiación y otro no aparecía en la nómina de la entidad); y segunda, porque votaron miembros que no estaban a paz y salvo con el sindicato.

El artículo 8, parágrafo 2, de los estatutos de SINTUCOOP (folio 23) señala que "no podrán participar en la elección de delegatarios y son inelegibles, ni ser delegados, ni en cualquier otra forma o función sindical, los afiliados que se hayaren (sic) atrasados en el pago de sus cuotas por más de dos meses o no hayan cubierto al Tesoro Sindical sumas debidas por cualquier concepto cuyo vencimiento se haya producido. *Estos socios tendrán voz pero no voto en las Asambleas Seccionales*". (subraya la Sala).

De manera que para la Sala resulta suficiente para declarar la invalidez de la asamblea general llevada a cabo el 23 de noviembre de 1986 por SINTUCOOP, la circunstancia de que algunos de los que se consideraban como afiliados a esta organización sindical que asistieron y votaron en la citada asamblea no estuvieran a paz y salvo, acorde con lo dispuesto en el artículo 8 parágrafos 2 de sus estatutos.

Este hecho no logró ser desvirtuado por la parte actora dentro de la actuación administrativa que originó la expedición de los actos administrativos enjuiciados y tampoco en el presente proceso, pues a folios 172, 175, 504 y 506 del expediente consta que no fue posible practicar la diligencia de inspección judicial ni se pudieron recepcionar los testimonios que fueran ordenados por auto de febrero 9 de 1989 (folios 144, 145, 146), con el fin de establecer los hechos materia de controversia jurídica, lo que lleva a concluir como lo dice el señor Fiscal Cuarto que por deficiencia probatoria las pretensiones del escrito demandatorio no están llamadas a prosperar.

Por el contrario, consta en el expediente que a sólo 13 afiliados de la organización sindical vinculados al instituto universitario a la fecha de la celebración de la comentada asamblea, se les retenían las correspondientes cuotas sindicales (folios 473 y 221), 12 de los cuales se hicieron presentes en la asamblea, según aparece en acta No. 005 de 23 de noviembre de 1986 (folio 53). La propia parte actora en el escrito demandatorio dice que "La Asamblea General del Sindicato como se acreditara en el expediente, y en atención a que los afiliados despedidos carecían de recursos económicos fueron exonerados del pago de las cuotas ordinarias y extraordinarias señaladas en los estatutos de la organización". (folio 82), mientras a folio 71 del expediente reposa una comunicación del tesorero de la Junta Directiva Nacional de SINTUCOOP, según la cual se encontraban a paz y salvo 42 socios; por otra parte, el libro de afiliación que todo sindicato debe poseer, de conformidad con el artículo 393 del Código Sustantivo del Trabajo, no fue exhibido para demostrar que en verdad todos los afiliados al sindicato que asistieron a la mencionada asamblea se encontraban a paz y salvo (folios 217, 222, 504 y 506).

Siendo cierto y suficiente una de las razones invocadas en los actos acusados, para declarar la invalidez de la asamblea, no es necesario analizar el otro argumento de la actora respecto a que en los términos de la sentencia de 21 de octubre de 1980 de esta Corporación que anuló parcialmente el artículo 4 del decreto No. 1469 de 1978, la sola terminación del contrato de trabajo no extingue el vínculo sindical del trabajador, toda vez que aun cuando todos ellos se tuvieren como afiliados a SINTUCOOP, para votar en tal asamblea y adoptar decisiones válidas, artículo 386 ibídem, debió darse el requisito aludido en el artículo 8 parágrafo 2 de los estatutos de esa organización sindical, es decir, estar a paz y salvo con el Tesoro Sindical.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda presentada por el Sindicato de Trabajadores del Instituto Universitario de Economía y Cooperativismo-SINTUCOOP, a través de apoderado.

COPIESE, NOTIFIQUESE y Comuníquese.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Carmenza Arana de Ramirez, Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FONDO EDUCATIVO REGIONAL/JUNTA ADMINISTRADORA/ GOBERNADOR-Facultades/**TESORERIA**-Nombramiento

El artículo 4o. del Decreto 975 consagra como facultad de las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, el nombramiento de su Tesorero, como también lo está que el FER fue el órgano que dispuso la desvinculación del servicio de la actora al resolver la designación su reemplazo. En consecuencia, no observa que dicha disposición haya podido ser transgredida por el Gobernador del Departamento, cuando obrando en ejercicio de sus funciones de presidente de la Junta Administradora FER, ejecutó dicha decisión de la corporación, conjuntamente con el Delegado del Ministro del ramo, mediante la expedición de los decretos demandados.

INSUBSISTENCIA-Procedencia

Premisa mayor, es la claridad existente de que la actora, era una funcionaria al servicio del Fondo Educativo Regional del Tolima, de libre nombramiento y Remoción, ya que ni estaba escalafonada en carrera ni gozaba de fuero alguno que le otorgara estabilidad en el empleo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquin Barreto Ruiz*

Ref: Expediente No. 4839. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actora: *Graciela M. de Jesús Rodríguez Suárez.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Graciela Margarita de Jesús Rodríguez Suárez, contra la sentencia de noviembre 8 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que le negó las peticiones de la demanda, entre otras, la nulidad de las actas números 10 y 11 de junio 19 y julio

22 de 1987, expedidas por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Tolima, amén de los Decretos números 975 y 1028 de junio 30 y julio 3 del mismo año, expedidos por el Gobernador del Tolima en su condición de Presidente de la Junta del FER, y el consecuente, reintegro de la actora y pago de los emolumentos y prestaciones salariales dejados de percibir durante el tiempo cesante.

PARTE FACTICA.

Es parte fáctica de esta acción, la siguiente síntesis: el 24 de julio de 1984 la demandante fue objeto de un nombramiento como Profesional Universitaria 3020-06, para ejercer la Tesorería del Fondo Educativo Regional del Tolima, mediante Decreto 1110 del 2 de agosto. La actora caracterizó por su honestidad, excelente prestación del servicio, rectitud y eficiencia; su cargo estaba clasificado con el Código 3020-grado 6 y sinembargo, al retirársele de sus funciones, se invoca un código diferente ante lo cual, el presidente de la junta dicta un nuevo decreto aclarando el cargo y el código, en cuyos considerandos el Gobernador invoca como atribución legal, la señalada por el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, lo cual al decir de la demanda, constituye una invasión de competencia en la expedición del acto; pues dicha disposición es aplicable sólo cuando la autoridad nominadora deba modificar o aclarar la designación en caso de error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleos inexistentes. El Gobernador del Tolima no es por sí sólo la autoridad nominadora, pues el nombramiento de la actora y su insubsistencia, radican en cabeza de la Junta Administradora compuesta por varios miembros. De otro lado, el delegado del Ministerio de Educación Nacional, en un arrebato de clientelismo político, habló de que la reeemplazante Luz Stella Vargas López "posee altas recomendaciones", pero sin que la Junta hubiese decretado insubsistencia alguna para la demandante.

Lo anterior indica, dice el libelista, la falsa motivación como vicio insubsanable de nulidad, de la que están impregnados los actos demandados, amén de la manifiesta desviación de poder. Los decretos dictados por el ejecutivo seccional, adolecen de flagrante falsedad en sus motivos por cuanto las actas demandadas nunca consignaron la insubsistencia de la demandante ni el nombramiento de su reemplazo, ni existe acuerdo alguno que así lo determine por parte de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Tolima. Hace alusión finalmente el acápite de los hechos al oficio 304 de julio 3 de 1987, suscrito por el delegado de la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué y dirigido al Gobernador, con el cual se adelantà a las irregularidades en la expedición de tales actos, en orden a precaver la defensa de los intereses económicos de la Nación. (folios 29 a 33).

SUSTENTO JURIDICO.-

Apoya la demandante sus pretensiones, en la obligación Constitucional del Estado de proteger el trabajo, en la responsabilidad de los funcionarios públicos para

no extralimitarse en sus funciones y para no incurrir en desviación de poder en el ejercicio de ellas. Explica el libelista, que en este caso se presenta un concurso de irregularidades y vicios que hacen anulables los actos acusados, encuadrándose en las previsiones del artículo 84 del C.C.A., norma ésta que se invoca como quebrantada. La falsa motivación, la incompetencia en la expedición de los actos demandados y la desviación de poder, constituyen los argumentos jurídicos en los que se apoya la actora en defensa de sus pretensiones. Para ello, señala como normas violadas, los artículos 17, 20 y 62 de la Constitución Nacional, el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, el artículo 4o., literal h), del Decreto 102 de 1976 y los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984 (folios 33 a 39).

LA SENTENCIA RECURRIDA.-

El Tribunal del conocimiento al proferir sentencia recuerda que la demandante alega: violación de la ley por irregularidad en la vinculación del reemplazo de la demandante, incompetencia del Gobernador al expedir los decretos de insubsistencia, falsa motivación de ellos, pues consignan lo que no dicen las actas demandadas, su irregular expedición y la desviación de poder.

Entra el Tribunal a analizar cargo por cargo y en relación con el primero señala que ha sido copiosa la jurisprudencia que sostiene que las irregularidades en que se incurra con el nombramiento de una persona y que lleven a la declaratoria de su nulidad, no afectan el acto de insubsistencia, por tratarse de decisiones independientes, diferentes y autónomas, así la insubsistencia sea tácita; no dijo la demandante qué normas se transgredieron con el acto acusado, lo que de haberse hecho, hubiese abierto la posibilidad de cotejarlas con el acto de nombramiento, para deducir si hubo o no, desconocimiento legal. Al juez contencioso deben dársele en este tipo de acciones, no solo los hechos sino la normatividad precisa que haga posible un juicio de la legalidad, porque se está frente a una justicia rogada.

En cuanto al cargo sobre incompetencia del Gobernador para dictar los decretos acusados por estar la potestad nominadora en cabeza de la Junta Administradora del FER, sustentado en que las precipitadas actas no registran ni el nombramiento ni la insubsistencia, y que mal podía el presidente de la Junta erogarse, suplantar e invadir una competencia, contraviniendo el artículo 4o. del Decreto 102 de 1976, el Tribunal no encuentra sustento para la prosperidad del ataque de incompetencia. Con el Decreto Extraordinario 102 de 1976, se descentraliza la administración de los planteles nacionales de educación y se dictan normas para las Juntas Administradoras de los FER; su literal h) del artículo 4o., faculta la designación de Tesorero de los fondos y corresponde a los Gobernadores y demás ejecutivos seccionales, ejecutar las decisiones de tales juntas. Es verdad procesal que en la sesión de junio 19 de 1987, la Junta Administradora aprobó el nombramiento para reemplazar a la actora, decisión que se plasmó en el Decreto 975; las actas 10 y 11 agregadas al expediente, dan fe de la proposición de Luz Stella Vargas López para el cargo de Tesorera del FER, la cual fue aprobada por los asistentes con excepción del Director de Impuestos Nacionales de Ibagué, quien se limitó a dejar una constancia. En otros términos, dice el Tribunal, la Junta

sí proveyó el cargo y en sana lógica correspondía al Gobernador ejecutar esa determinación. El dicho de que no estaba autorizado para decretar la insubsistencia no tiene fundamento valedero, indica el *a-quo*, porque al tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, la designación de una nueva persona lleva ya expresamente, ya implícitamente, la insubsistencia del nombramiento de quien desempeñaba el cargo. Lo primero lleva a lo segundo, y por ello se está ante una insubsistencia tácita. Por tanto, no se transgredió el artículo 4o. en su literal h), y la conducta fue ceñida a la ley.

No está demostrado en autos, para que prospere la desviación de poder alegada, que el nuevo nombramiento y la insubsistencia, no obedecieron al buen servicio público, sino a la satisfacción de intereses particulares. Como este cargo fue enunciado, mas no probado, ha de rechazarse, dice el Tribunal.

En la adición de la demanda se señaló como norma violadas, el artículo 65 de la Constitución Nacional, además de los artículos 250 a 252 de la Ley 4a. de 1913, que hablan de los requisitos para el ejercicio del cargo, entre ellos la posesión, por lo que se trata de una funcionaria de hecho. Este cargo, no tiene substrato ni fáctico ni jurídico, pues folio 69 se lee el acta de posesión de la persona reemplazante, concluye la parte considerativa del juez de primera instancia.

EL RECURSO.-

Son motivos de inconformidad por parte del recurrente (fls. 164 a 169), los siguientes: La providencia recurrida no tuvo en cuenta todos los elementos de juicio o pruebas que en su oportunidad legal fueron allegadas al expediente, los que demuestran de manera clara la razón que le asiste a la demandante en sus pretensiones, y conducen a tipificar las causales de anulación invocadas en la demanda, es decir, la falsa motivación, la falta de competencia, la desviación de poder y la expedición irregular de los actos acusados.

La expedición irregular de los actos acusados la hace consistir el apelante, en que la hoja de vida de la persona que reemplazó a la actora, fue presentada no por el delegado del Ministerio de Educación Nacional que asiste a la Junta, sino por su secretaria, amén de que dicho delegado no tenía información alguna sobre la causa o fundamento que justificara la declaratoria de insubsistencia. Se apoya en lo expuesto por el Director de Impuestos Nacionales de Ibagué, quien como miembro de la Junta, sostuvo su desacuerdo con el cambio de la actora y coloca en tela de juicio la redacción del acta No. 10, dándole su propia interpretación, y así se lo hace saber al Gobernador del Departamento, mediante oficio No. 304 de julio 3 de 1987, en donde aclara la situación planteada en relación con la insubsistencia el reemplazo pretendido. Este oficio, dice el recurrente, el de respuesta No. 315 de julio 13 del mismo año y el Acta No. 10 comentada, implican con claridad que los Decretos subsiguientes emanados de la Gobernación, no consultan la decisión de la Junta; la designación de la señorita Luz Stella Vargas, no cumple con los requisitos del artículo 12 del Decreto 1577 de 1979, por lo que es necesario darle aplicación al artículo 15 siguiente cuando no se cumplen los requisitos mí-

nimos exigidos en la ley para el ejercicio de un cargo o profesión, como en el caso de la Tesorería del FER.

La inconformidad con la sentencia, basada en la falsa motivación, radica en que la providencia acepta de plano que en las actas 10 y 11 hubo el nombramiento del reemplazo de la demandante bajo la forma de proposición del nombre y aprobación del mismo, pero releyendo la primera de ellas, solo se encuentra que el delegado del Ministerio de Educación Nacional informa a la Junta que es función suya nombrar al Tesorero del FER, además de que les presenta una hoja de vida de una persona que "posee altas recomendaciones". El procedimiento en dicha acta establecido, dice el recurrente, no es muy claro, como no lo es el del acta No. 11. Entonces, concluye, la discordancia con el Tribunal no es gratuita sino sustentada sobre documentos que no fueron considerados en la primera instancia, como debió serlo.

Finalmente, el inconforme señala que el vicio de desviación de poder se configura, por cuanto con el retiro de la demandante no se persiguió el mejoramiento del servicio, sino que se hizo para satisfacer los motivos políticos y personales de algunos miembros del FER del Tolima, lo cual se demuestra con la presentación del nombre de la reemplazante por el señor delegado del Ministerio de Educación Nacional, bajo la consideración de que su candidata "posee altas recomendaciones", concluye la inconformidad del recurrente.

LA VISTA FISCAL.-

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado a folios 202 a 208 del expediente, consigna su concepto respecto de este asunto, en los siguientes términos: Sobre cuatro cargos básicos que el libelista formula a los actos impugnados, irregularidad, incompetencia, falsa motivación y desviación de poder, la Fiscalía dice que el contingente documental obrante dentro del informativo, desvirtúa los asertos de la demandante; pero en el supuesto de que hubiese existido irregularidad en la expedición de los actos demandados, ha sostenido el Consejo de Estado que tal situación no deteriora la validez ni la eficacia de dichos actos, por no tratarse de un vicio de la voluntad del sujeto, ni de la causa u objeto del mismo. Este cargo llamado de la "expedición irregular", es intrascendente, quedando patente la voluntad de la administración de retirar del servicio algún funcionario. En relación con la falta de competencia del Gobernador para remover de su empleo a la actora, es claro el artículo 4o. del Decreto Extraordinario 102 de 1976, al consagrar la facultad para las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, la designación de Tesorero para dichas entidades. Las determinaciones de la Junta en el caso que nos ocupa, se materializaron mediante los decretos expedidos por el Gobernador en su calidad de Presidente de la Junta, bajo los números 975 y 1028 de junio 30 y julio 3 de 1987.

Sobre la desviación de poder, no obra en el plenario ningún elemento de juicio que convenza a la Fiscalía que con la expedición de los actos acusados se hubiere desmejorado el servicio público; la falta de calidades de la reemplazante, no puede incidir para nada en el acto de remoción de la actora, en razón de que son actos

jurídicos totalmente diferentes, el que por un lado vincula a una persona al servicio, y por el otro retira a una persona distinta del mismo.

Y, respecto de la falsa motivación, opina la Agencia Fiscal que los Decretos 975 1028 de 1987, se limitaron a traducir, a materializar y a ejecutar las decisiones tomadas por la Junta Administradora del FER-Tolima; no se requiere abundar en razonamientos adicionales, para concluir que los actos demandados están amparados por la presunción de legalidad que los cobija y que con ellos, la entidad produjo la verdadera decisión de la Administración, debiéndose por ello denegar las súplicas impetradas, por lo que el fallo apelado merecer ser confirmado.

Llegado el momento de resolver el recurso interpuesto, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a. Premisa mayor, es la claridad existente de que Gabriela Margarita de Jesús Rodríguez Suárez, era una funcionaria al servicio del Fondo Educativo Regional del Tolima, de libre nombramiento y remoción, ya que ni estaba escalafonada en carrera ni gozaba de fuero alguno que le otorgara estabilidad en el empleo.

2a. Son cuatro los cargos formulados por la actora a los actos impugnados, a saber: la expedición irregular de los actos demandados, la falta de competencia, la falsa motivación y la desviación de poder (fls. 35 a 39), con fundamento en la violación de las normas que se indicaron con anterioridad.

3a. Del acervo probatorio obrante a folios 55 a 60 inclusive, se desprende que el Gobernador del Tolima en su condición de tal, al proferir los Decretos 975 y 1028 de 1987, no hizo otra cosa que ejecutar la decisión tomada por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional en la forma así ordenada por la ley para estos casos, y de conformidad con el acta No. 10 de junio 19 de 1987, lo cual constituye una verdad procesal que no se desvirtúo, no obstante aparecer probada la inconformidad de uno de los miembros de la Junta. No encuentra entonces esta Corporación, la manera como el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, haya podido violarse con la expedición de tales decretos. De otra parte, respecto al oficio 368 de 1987 suscrito por el Director del Centro Experimental Piloto, del cual según dice la recurrente hace derivar la expedición irregular, la Sala observa que él se refiere a una sesión anterior de la Junta en la cual no se tomó decisión alguna sobre el asunto sub-júdice; luego mal pueden derivarse consecuencias del hecho de haber sido presentada la hoja de vida del reemplazo de la demandante, por la secretaria del Delegado del Ministro.

4a. Observa la Sala que a folios 15 y 69 del expediente, se encuentran sendas actas de posesión de la funcionaria Luz Stella Vargas López, en su calidad de Tesorera del Fondo Educativo Regional del FER, con la correspondiente al cargo, según decreto expedido por el Gobernador, habiéndose cumplido tal requisito constitucional para el ejercicio del cargo. La Sala entonces, no verifica que se haya

podido violar el artículo 65 de la Constitución vigente en su momento. Igual conclusión se predica respecto de los artículos 250 a 252 de la ley 4a. de 1913.

De otra parte, para la Sala no pasa inadvertido, en relación con la alegada carencia de requisitos de la señorita Vargas López, que tal circunstancia no fue invocada en el libelo demandatorio, como tampoco lo fue la norma que los establece, razón por la cual no es de recibo el razonamiento que tardíamente se incluye en el escrito de apelación.

5a. Respecto al artículo 62 de la Constitución Nacional, la Sala comparte el criterio del *a-quo*, en el sentido de que la actora invoca el precepto Constitucional presuntamente violado, sin que se hayan señalado las normas legales que lo desarrollan de cuya violación pudiera derivarse el desconocimiento de aquel precepto superior, no siendo posible, entonces, evaluar la posible violación constitucional.

6a. Se afirma que la violación del literal h), del artículo 4o. del Decreto 102 de 1976 se da porque al expedir el Gobernador el Decreto 975 invade la competencia de la Junta Administradora. Para la Sala es claro que el artículo 4o. de este Decreto 975, consagra como facultad de las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, el nombramiento de su Tesorero, como también lo está que el FER fue el órgano que dispuso la desvinculación del servicio de la actora al resolver la designación su reemplazo. En consecuencia, no observa que dicha disposición haya podido ser transgredida por el Gobernador del Departamento del Tolima, cuando obrando en ejercicio de sus funciones de presidente de la Junta Administradora del FER, ejecutó dicha decisión de la corporación, conjuntamente con el Delegado del Ministro del ramo, mediante la expedición de los decretos demandados.

7a. En lo atinente a la presunta violación de los artículos 84 y 85 del C.C.A., la Sala advierte que tales disposiciones, regulan lo atinente a las acciones que proceden contra los actos administrativos, es decir, que son normas que están destinadas a ser utilizadas por quien ejerce estas acciones y por el Juez Contencioso Administrativo, por lo que esta Corporación no encuentra cómo la administración departamental al expedir los actos administrativos, puede violar tales preceptos.

8a. Respecto de la presunta violación de los artículos 17 y 20 de la Constitución Nacional, la Sala reitera su criterio en el sentido de que por ser estas normas de carácter general, que no gobiernan en concreto el conflicto jurídico aquí debatido, a su transgresión solo puede llegarse por la violación de las leyes que los desarrollan, lo cual no se ha demostrado en este proceso.

9a. Sobre la desviación de poder alegada por el recurrente, luego de estudiar el material probatorio, la Sala anota que no existe prueba alguna que demuestre la secreta intención que tuvieron los miembros de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Tolima, al tomar la decisión a que alude el acta No. 10 de junio 19 de 1987 en el sentido de designar a la señorita Luz Stella Vargas López en reemplazo de la actora. De ahí, que no pueda concluirse que tales insubsistencias y reemplazos tuvieron como finalidad razones ajenas al mejoramiento del servicio, orientada a la satisfacción de intereses particulares, de recomendaciones

que en nada armonizan con la razón del servicio público (fls. 38 y 39). No basta como es obvio, afirmar que el acto acusado está afectado de nulidad, sino que es necesario aportar la prueba que así lo demuestre, lo cual no ha sucedido en este caso; y en lo atinente al aspecto estrictamente subjetivo de su expedición, como lo es la intención que tuvieron los miembros de la Junta al tomar la determinación, su análisis resulta insoslayable frente al material probatorio que se aporta al proceso para saber si la desviación se configura o no; material que en el caso sub-examine no permite concluir que las razones tenidas en cuenta al tomar la decisión fueran contrarias a la búsqueda de un mejor servicio.

En las condiciones expuestas, fuerza concluir que la actora no demostró causal alguna de nulidad que afecte los actos impugnados, por lo cual se confirmará la sentencia apelada.

En tal virtud, 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 noviembre 8 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Gabriela Margarita de Jesús Rodríguez Suárez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 23 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.

SEGURIDAD SOCIAL/CARRERA ADMINISTRATIVA/INGRESO- Requisitos/**INGRESO AUTOMATICO-**Improcedencia

Para ingresar a una carrera, en este caso a la de funcionario de Seguridad de Seguridad Social, no es suficiente ocupar un cargo que pertenezca a ella, sino que es necesario el cumplimiento de los requisitos legales específicos exigidos para el respectivo escalafonamiento, como el concurso, el período de prueba y la inscripción misma. En términos del artículo 108 del Decreto 1651 de 1977, el ingreso a la carrera de los funcionarios de Seguridad Social se hará por resolución de inscripción, previa realización de un concurso y superación del período de prueba y, conforme el artículo 109 ibídem la provisión de los empleos de esa carrera se llevará a cabo mediante un proceso de selección, que comprende cuatro etapas: registro de aspirantes, concurso, nombramiento y período de prueba. De suerte que por mandato del legislador, el ingreso a dicha carrera no puede darse en forma automática, sino a través del referido procedimiento.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda

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

Magistrada Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref: Expediente No. 3625. Apelación Sentencia. Actor: *Carlos Alberto Moreno Mora*

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 5 de abril de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que decidió negativamente las pretensiones de la demanda que, en ejercicio de la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el señor Carlos Alberto Moreno Mora, enderezada a obtener la nulidad de la Resolución No. 04811 de 1o. de octubre de 1984 de la Dirección General del Instituto

de Seguros Sociales mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de la División Técnica Financiera, clase uno, grado 35 de la Seccional del Meta y a que se le restablezca en su derecho, ordenando su reintegro al servicio y el pago de los haberes dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la remoción hasta aquella en que sea reintegrado al servicio.

HECHOS

En el libelo se narra que el accionante, quien ingresó al Instituto de Seguros Sociales desde abril de 1977, fue nombrado como funcionario de la Seguridad Social en el cargo del cual fue removido mediante Resolución No. 0481 de 24 de julio de 1979 y previa comprobación del cumplimiento de los requisitos y calidades exigidos para ejercerlo, se posesionó del mismo, habiendo desempeñado a cabalidad con todas sus funciones, sin incurrir en ninguna causal que pudiera originar acción disciplinaria de conformidad con el Decreto 1651 de 1977. Sin embargo, su nombramiento fue declarado insubsistente por medio de la resolución acusada.

NORMAS VIOLADAS

Como tales, se citan:

> "Constitución Nacional: Arts. 15, 17, 20, 23; Código Contencioso Administrativo: Arts. 84 y 85; Código de Régimen Político y Municipal: Art. 239; Ley 90 de 1946; Decreto-Ley 1650 de 1977 Art. 65; Decreto-Ley 1651 de 1977 Art. 2o., 11, 49, 50, 51, 62, 70, 123 y 124; Decreto 413 de 1980 Art. 2o., 4o., 6o., 7o., 53, 63, 68, 69, 70, 71". (folio 13).

Al desarrollarse el concepto de violación se aduce que, de acuerdo con los decretos citados, el accionante prestó sus servicios a la entidad demandada como funcionario de la Seguridad Social en su cargo de carrera y a pesar de que el art. 124 del Decreto 1651 de 1977 establece que sólo podrá ser declarado insubsistente un nombramiento hecho a funcionarios inscritos en carrera por resolución motivada y siempre que obtuvieren por dos veces calificación no satisfactoria de su desempeño dentro de un período de seis meses, al actor se le removió de su cargo mediante el sistema de declaratoria de insubsistencia del nombramiento pretermitiéndose lo ordenado en el citado Artículo 124, por lo cual la remoción se torna violatoria de la ley y conculca los derechos del demandante, lo que determina su infirmación.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal del conocimiento acogiendo los planteamientos de su Colaborador Fiscal, denegó las súplicas de la demanda, argumentando que el accionante no demostró, como le correspondía, que hubiera ingresado a la carrera de funcionario de la Seguridad Social por resolución de inscripción, previa superación del respec-

tivo concurso y período de prueba, hecho que le otorgaría la prerrogativa de relativa estabilidad que reclama y que el hecho de desempeñar un cargo de carrera sin haber ingresado a ella por el procedimiento reglado en las normas mencionadas en el libelo, no le confiere al funcionario fuero de relativa estabilidad como lo alega el demandante.

EL RECURSO

La parte actora interpuso contra la referida sentencia recurso de apelación, aduciendo que el principio enunciando en ella en el sentido de que la sola afirmación de que se es funcionario de la Seguridad Social, no basta para ser considerado como funcionario de carrera, tiene su excepción fundamentada en las disposiciones transitorias contenidas en los Artículos 63 a 71 del Decreto 413 de 1980, conocida comúnmente como fuero de estabilidad o estabilidad relativa, dentro de la cual el libelista demostró encontrarse, circunstancia que al tenor de lo preceptuado en el Artículo 70 *ibídem* le confería el derecho a ser inscrito en la aludida carrera, de modo que si su escalafonamiento en ella no se produjo fue por deficiencia de la administración "cuyas consecuencias, en forma alguna, pueden afectar el derecho de mi representado" (Folio 77).

Por ende, al proferirse el acto impugnado, señala el apelante, se contrarió lo dispuesto en la norma mencionada y en el Artículo 124 del Decreto 1651 de 1977 que para esos efectos exige la resolución de insubsistente debidamente motivada. Por manera que se impone la revocación del fallo y el despacho favorable de las súplicas de la demanda.

OPOSICION AL RECURSO

La entidad demandada, en oportunidad legal, solicita la confirmación de la sentencia, expresando que:

> "Es evidente que el actor desempeñó un cargo de la seguridad social, como Jefe de la División Técnico Financiera; empero, es incontrovertible que en su vinculación se incumplió lo dispuesto en el Artículo 109 del Decreto-Ley 1651 de 1977, norma a la que remite el Artículo 7o. del Decreto 413 de 1980 respecto de la forma de proveer los empleos de carrera de funcionarios de Seguridad Social.
>
> La inobservancia en el proceso de selección, es decir, de la ley, se traduce en la ineficacia de las pretensiones del demandante en cuanto mal puede un acto inexistente generar derechos como los pretendidos en el caso en estudio". (folio 89).

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación opina que el fallo debe revocarse y, en su lugar, deben despacharse favorablemente las pretensiones del libelista, por cuanto si bien en la demanda no se hace el debido énfasis de la pretendida vulneración de las disposiciones que consagran la estabilidad relativa a que se alude en la sustentación del recurso de alzada, el ordenamiento jurídico invocado en ella "postula que si el actor no estaba formalmente inscrito en la carrera ello obedeció a indolencia de la Administración, lo que no debe traducirse en su perjuicio". (folio 93)

Rituada la instancia y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Ciertamente como lo indica la Agencia del Ministerio Público, la acusación contra la Resolución No. 4811 de 1984 por medio de la cual se removió al actor de su empleo, no se plantea en el libelo de la manera como se hace en la sustentación del recurso que se decide, pues aunque en aquél se invocan como transgredidos los Artículos 69, 70 y 71 del Decreto 413 de 1980 del cual el recurrente hace derivar el fuero de estabilidad relativa que, en su concepto, le ampara, lo cierto es que sólo se señala que no podría ser removido discrecionalmente porque se hallaba inscrito en la carrera de Seguridad Social, sin precisar, en forma clara, que ello era así en razón de las circunstancias que se expresan al interponer el recurso de apelación y de lo preceptuado en tales artículos.

No obstante tal deficiencia de técnica jurídica en la formulación de la demanda, la Sala considera oportuno hacer las siguientes precisiones:

En numerosas oportunidades la Corporación ha sostenido que para ingresar a una carrera, en este caso a la de funcionario de Seguridad Social, no es suficiente ocupar un cargo que pertenezca a ella, sino que es necesario el cumplimiento de los requisitos legales específicos exigidos para el respectivo escalafonamiento, como el concurso, el período de prueba y la inscripción misma.

En términos del artículo 108 del Decreto 1651 de 1977, el ingreso a la carrera de los funcionarios de Seguridad Social se hará por resolución de inscripción, previa realización de un concurso y superación del período de prueba y, conforme el artículo 109 ibídem la provisión de los empleos de esa carrera se llevará a cabo mediante un proceso de selección, que comprende cuatro etapas: registro de aspirantes, concurso, nombramiento y período de prueba.

De suerte que por mandato del legislador, el ingreso a dicha carrera no puede darse en forma automática, sino a través del referido procedimiento.

Igualmente, la Sala ha precisado en distintos fallos que el art. 69 del Decreto 413 de 1980 es inaplicable por haber sido expedido con extralimitación de la potestad reglamentaria pues desconoció que, para fines de inscripción en la carrera, procede exigir los requisitos señalados en el Decreto 1651 de 1977.

En este orden de ideas, en el caso debatido el accionante no gozaba de relativa estabilidad en el cargo que ocupaba, por el sólo hecho de tener éste el carácter de empleo de carrera, como lo sostiene el recurrente.

Es incuestionable entonces la juridicidad del fallo del a-quo, por lo cual se impone su confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de cinco (5) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en el proceso promovido por Carlos Alberto Moreno Mora contra el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 04811 de 1984 mediante la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo que ocupaba en esta entidad.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (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.

SUSTITUCION PENSIONAL/COMPAÑERA PERMANENTE

Al expedir la Ley 12 de 1975 la intención del legislador fue extender a la compañera permanente el derecho reconocido a favor del cónyuge supérstite (esposo-esposa), por la Ley 33 de 1973 y ampliar el derecho a la sustitución pensional a los casos en los que el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica para adquirir el derecho, pero después de completar el tiempo de servicio requerido. Interpretar que la Ley 12 de 1975 no introdujo modificación alguna a la Ley 33 de 1973, resulta como bien lo dijo el Tribunal ilógico, por lo absurdo que resulta que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando la pensión es una expectativa y no lo tiene cuando el derecho se ha configurado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., veintidós (22) de Octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref: Expediente No. 3779. Apelación Sentencia. Actora: *Elsy Alvarado Cifuentes*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia de 17 de agosto de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que declaró la nulidad de la Resolución No. 1261 de 24 de febrero de 1986 expedida por la Gerencia del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle del Cauca, mediante la cual se decidió no conceder a la señora Elsy Alvarado Cifuentes la sustitución de la pensión de jubilación del doctor Gilberto Cuartas Londoño, como compañera permanente y se decretó a favor de la demandante la aludida sustitución pensional, a partir del 16 de octubre de 1984 y en forma vitalicia.

HECHOS

En la demanda se narra que el doctor Gilberto Cuartas Londoño disfrutó hasta su fallecimiento ocurrido el 16 de octubre de 1984 de la pensión de jubilación que

el Instituto de Seguros Sociales Seccional del Valle del Cauca le había reconocido mediante la Resolución No. 188 de 1972, prestación cuya sustitución fue negada a la demandante por medio de la providencia acusada, no obstante aparecer inscrita en el Instituto desde 1972 como compañera permanente del pensionado fallecido.

LA SENTENCIA

Para decretar la nulidad de la resolución impugnada y la sustitución de la pensión de jubilación del doctor Cuartas Londoño a favor de la demandante, el Tribunal consideró que si en términos de lo preceptuado en el artículo 1o. de la ley 12 de 1975 la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público tiene derecho a la pensión de jubilación del trabajador fallecido antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, no es dable negarle el reconocimiento de esa prestación en el caso de que aquél se hallare pensionado, sólo porque en el artículo 1o. de la ley 33 de 1973 se expresa que la viuda puede reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia y no se hace mención a la compañera permanente, pues se estaría aceptando "que un derecho que ya se ha creado como es el de jubilación sólo se reconoce a la viuda cuando la compañera tiene en cambio la posibilidad de hacerlo valer en su favor cuando es apenas una expectativa que tiene que concretarse a través de las peticiones y procedimientos que para ello se consagran en cada caso".

Y agrega el a-quo "que esa interpretación resulta no sólo contraria al sentido común sino a la esencia misma de la lógica jurídica que tiene como objetivo final auxiliar al magistrado y al juez para que el derecho cumpla su función de darle a cada uno lo que le corresponda" y que además, cualquier duda que pueda subsistir al respecto, quedó aclarada con lo normado en la Ley 113 de 1985 que extendió las previsiones del artículo 1o. de la ley 12 de 1975 y las disposiciones que la complementan al compañero permanente de la mujer fallecida.

EL RECURSO

El apoderado del Instituto al recurrir la sentencia comentada insiste en la legalidad del acto acusado, toda vez que, en su sentir, se ajusta al ordenamiento jurídico vigente en su momento, esto es a las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, estatutos que, en efecto, son incongruentes, lo cual explica la expedición de la ley 113 de 1985, a partir de cuya vigencia —20 de diciembre de 1985— nació "a la vida jurídica una situación que ampara a la compañera permanente"; por lo tanto, hechos anteriores a su expedición no pueden enmarcarse en sus parámetros, como es "el fallecimiento del Dr. CUARTAS LONDOÑO ocurrido en fecha octubre 16 de 1984, entendiendo con ostensible claridad que a la señora Elsy Alvarado Cifuentes no le asistía derecho en su solicitud de Sustitución Pensional". (folio 57).

Refuerza sus argumentos con una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 22 de mayo de 1987, en donde se dijo que habiendo fallecido el trabajador pensionado antes de la vigencia de la Ley 113 de 1985,

mal puede aplicarse ésta en lo atinente a la sustitución pensional, ya que tal situación quedó definida conforme a la Ley 33 de 1975.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria opina que el fallo apelado debe confirmarse por cuanto lo dispuesto en la Ley 113 de 1985 debe tomarse como una interpretación por vía de autoridad del artículo 1o. de la Ley 12 de 1975, pues así se desprende del texto de su artículo 1o. en el que se expresa que "para los efectos del artículo 1o. de la Ley 12 de 1975 *se entenderá* ..." y como en el parágrafo 1o. del Artículo 1o. de la ley 113 se estatuye que el derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión, debe concluírse que la decisión del fallador de primera instancia se ajusta a derecho, pues "el artículo 1o. de la ley 12 de 1975 reclama interpretación distinta a la sumisamente literal, y no para —como lo entendió el *a-quo* evadir su resultado odioso y restrictivo (lo que pugnaría contra el artículo 31 del C.C.), sino porque la nítida finalidad del precepto citado fue, incuestionablemente, como se dijo atrás, la de mejorar, ampliar, el alcance de la legislación anterior y nunca el de restringirla". (folio 77).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de definir si la demandante tiene derecho a que la pensión de jubilación de que disfrutaba su compañero permanente doctor Gilberto Cuartas Londoño le sea sustituída en forma vitalicia, de conformidad con las previsiones de los artículos 1o. de las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 invocadas como violadas en la demanda incoada contra la resolución de la Gerencia del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle del Cauca, mediante la cual se le negó ese derecho.

Cabe anotar que de acuerdo con el carné expedido por la Subgerencia de Personal de la aludida Seccional del Instituto de Seguros Sociales (folios 4 y 4 vuelto cuaderno No. 2), la actora figuraba en los registros de la entidad demandada para el 17 de octubre de 1984 fecha del fallecimiento del doctor Cuartas Londoño (folio 1 cuaderno No. 2), como su compañero permanente, puesto que en tal calidad se le había autorizado la prestación del servicio médico del Instituto hasta el 17 de diciembre de ese año (folio 4 vuelto). No existe, por consiguiente, duda alguna acerca del carácter de compañera permanente del trabajador pensionado fallecido que ostentaba la señora Elsy Alvarado Cifuentes.

De igual manera, se anota que la negativa del Instituto de disponer a favor de la accionante la sustitución de la pensión de jubilación del doctor Cuartas Londoño se apoya en el hecho de que por estar disfrutando éste de la pensión, no se daban los supuestos previstos en el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 para que la señora Alvarado accediera a la sustitución de esa prestación, porque el trabajador se ha-

llaba pensionado y, en ese caso, debe aplicarse lo preceptuado en el artículo 1o. de la Ley 33 de 1973 que otorga el derecho de la sustitución pensional únicamente a la viuda del trabajador particular o empleado o trabajador del sector público que al momento de su deceso se encuentre disfrutando de esa prestación.

El artículo 1° de la Ley 33 citada dispone:

> "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho de pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del Sector Público, sea éste oficial o semioficial con el mismo derecho, *su viuda*, podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia".

Por su parte, en el artículo 1o. de la Ley 12 de 1975 se estatuye:

> "El cónyuge supérstite *o la compañera permanente*, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del Sector Público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciera antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiera completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en Convenciones Colectivas".

Literalmente consideradas las disposiciones transcritas, pareciera que contemplaran situaciones distintas, con efectos diferentes: cuando el trabajador particular o empleado o trabajador del sector oficial fallece hallándose pensionado, en cuyo caso sólo puede sustituírse la pensión en la que fuera su legítima esposa, y cuando su deceso ocurre teniendo sólo la expectativa de adquirir ese estatus, evento éste en el que la sustitución también procede en su compañera permanente.

Sin embargo, una interpretación racional, debe ir más allá del texto literal para escudriñar el verdadero alcance de las normas y para ello es un valioso auxiliar el mismo legislador que, consciente de la impresición de los vocablos empleados en la Ley 12 de 1975 y con el fin de armonizarlos con los de la Ley 33 de 1973, hizo una interpretación con autoridad, por medio de la Ley 113 de 1985 determinando su exacta significación o sentido. Estatuye la Ley 113:

> "Artículo 1°: Para efectos del artículo 1° de la Ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley colombiana en la fecha de la muerte".
>
> "Parágrafo 1°. El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión".

Conviene destacar que al incorporarse al respectivo proyecto de ley, el que actualmente es el parágrafo transcrito, se hizo la siguiente exposición de motivos:

> "Esta incorporación, que aparentemente podía resultar innecesaria, tiene por objeto evitar eventuales interpretaciones, como sería la de que el derecho a la sustitución que se consagra sólo procediera cuando el trabajador hubiera fallecido sin entrar en el disfrute de su pensión, pero que resultaba

improcedente si de ella venía disfrutando, arguyendo acaso que la Ley 12 de 1975 no hacía expresa mención del `trabajador jubilado'. Para la mayor claridad de la norma se adicionó el proyecto, de manera que resulte indiscutible que el cónyuge supérstite, marido o mujer, la compañera permanente o el compañero permanente del trabajador fallecido, pensionado o con derecho a pensión, le sustituyen en el derecho vitalicio a esta prestación social".

No existe ninguna duda entonces, que al expedir la Ley 12 de 1975 la intención del legislador fue extender a la compañera permanente el derecho reconocido a favor del cónyuge supérstite (esposo-esposa), por la Ley 33 de 1973 y ampliar el derecho a la sustitución pensional a los casos en los que el trabajador fallece antes de cumplir la edad cronológica para adquirir el derecho, pero después de completar el tiempo de servicio requerido. Interpretar que la Ley 12 de 1975 no introdujo modificación alguna a la Ley 33 de 1973, resulta como bien lo dijo el Tribunal ilógico, por lo absurdo que resulta que la compañera permanente tiene derecho a la sustitución pensional cuando la pensión es una expectativa y no lo tiene cuando el derecho se ha configurado.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el doctor Gilberto Cuartas Londoño disfrutaba de la pensión de jubilación reconocida por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 188 de 1972 (folios 14 y 15 Cuaderno No. 2), que la señora Elsy Alvarado Cifuentes fue su compañera permanente hasta el momento de su fallecimiento acaecido el 17 de octubre de 1984, esto es, en vigencia de la Ley 12 de 1975 y que la negativa del reconocimiento de la sustitución pensional que aquella impetró al Instituto de Seguros Sociales, se produjo el 24 de febrero de 1986, cuando ya se había expedido la Ley 113 de 1985, que precisó los alcances de la Ley 12, fuerza concluir que la decisión demandada no se ajusta a derecho y, por consiguiente, se impone la declaratoria de su nulidad y el derecho de la sustitución de la pensión de jubilación que disfrutaba el doctor Cuartas Londoño en favor de la accionante, como acertadamente lo dispuso el a-quo, sin que sean de recibo los planteamientos del apelante en el sentido de que como el fallecimiento del causante se produjo antes de la expedición de la Ley 113 citada, la sustitución de su pensión de jubilación no se regía por sus disposiciones, sino por las anteriormente existentes, toda vez que, como se dijo, no se trata de la expedición de una nueva reglamentación sobre la materia, sino de un estatuto que precisó el alcance de la existente, a fin de prevenir interpretaciones erradas de la misma.

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 diecisiete (17) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por Elsy Alvarado Cifuentes encaminado a obtener la nuli-

dad de la Resolución No. 1261 de 24 de febrero de 1986, emanada del Instituto de Seguros Sociales.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (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.

DIPUTADO PRINCIPAL/DIPUTADO SUPLENTE/PRESTACION POR MUERTE/SEGURO POR MUERTE

La prestación por muerte está consagrada para los diputados elegidos, posesionados o no, pero siempre que sean principales, condición de que no gozan los diputados suplentes sino cuando, ante excusa del principal, asumen la curul de éste, ya sea temporal o definitivamente. El artículo 185 de la Constitución Política de 1886 claramente señala la vocación de los suplentes para reemplazar a los principales por falta absoluta o temporal, luego es a todas luces inconstitucional la presencia de suplentes conjuntamente con su principal en las tareas de la duma, así el voto se concede sólo a los principales.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref: Expediente No. 581. RECONSTRUCCION - APELACION. ACTOR: *María del Socorro Giraldo Y Otros*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de junio de 1985 pronunciada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el proceso promovido por María del Socorro Giraldo Gómez en su propio nombre y en representación de su menor hijo, contra la Caja de Seguridad Social del Departamento de Risaralda y el Departamento de Risaralda en orden a obtener la nulidad de las Resoluciones 4799 de octubre 29 de 1984 y 4955 de enero 29 de 1985 por el Gerente de la Caja demandada.

ANTECEDENTES

La accionante en su propio nombre y en representación legal de su hijo menor Hernando Valencia Giraldo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimien-

to del derecho, solicitó del Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad de los actos enjuiciados en cuanto no reconocieron el seguro de vida o por muerte a favor de los demandantes como beneficiarios forzosos del causante, Fabio Valencia Lenis.

El Tribunal en el fallo recurrido denegó la nulidad de los actos demandados por considerar entre otras razones que Fabio Valencia Lenis al momento de su fallecimiento, no era empleado en "servicio" y que según lo disponen los artículos 52 y 53 del Decreto 1848 de 1979, el seguro por muerte se reconoce en casos de fallecimiento de los empleados oficiales "en servicio"; estimó el a-quo que a su muerte, el señor Valencia Lenis no ejercía como diputado, pues el status jurídico de Diputado en ejercicio lo tenía el principal que se desempeñaba como tal. (fl. 2-5).

Contra la sentencia la parte actora interpuso recurso, de apelación, argumentando que la posición del Tribunal no se ajusta a las situaciones de hecho que son normales dentro del campo político administrativo. Que posesionado como realmente lo estuvo, le basta al diputado, ya sea principal o suplente, asistir a las sesiones de la Asamblea y "realizar todos los actos propios de su investidura como participar en comisiones estatutarias u ocasionales, repartir auxilios a los cuales tiene derecho por su condición y en fin realizar una serie de conductas y actividades para la buena gestión no sólo de su representación recibida sino para el ente administrativo...".

Agrega que "Debe decirse además que los suplentes llenan las faltas temporales o definitivas de los principales, pero en la práctica legislativa se ha impuesto el criterio que ambos pueden asistir y tomar parte en las sesiones, obviamente haciendo la salvedad que sólo uno de ellos podrá votar llegando el momento de tomar una decisión que requiera del voto" y que "tampoco es cierto y aquí está el meollo de la cuestión que el principal estuviese asistiendo, una cosa es que hubiese concurrido a las dos sesiones que se realizaron en el mes de noviembre en la primera semana y otra conocer si el señor José Wescenslao Castillo seguiría asistiendo a las demás sesiones de todo ese mes de labores ordinarias".

La Fiscalía Quinta de la Corporación estima acertada la decisión del Tribunal y pide se confirme la sentencia apelada; dice así en su concepto:

> "... en el caso de autos está plenamente acreditado que el señor Fabio Valencia Lenis no estaba afiliado a la Caja de Seguridad Social del Departamento de Risaralda como empleado departamental en calidad de diputado de la Asamblea. (folios 12-13). Obra también certificación que sólo asistió a las sesiones en calidad de diputado suplente en el período comprendido entre el 1 y el 28 de octubre de 1983". (folios 150).
>
> "Al no estar afiliado a la Caja de Seguridad Social Departamental, ni estar ejerciendo el cargo de diputado en la fecha en que ocurrió el fallecimiento, 12 de noviembre de 1983, según la certificación que obra al folio 7, resulta claro que no le asistía derecho a sus beneficiarios para que la Caja de Seguridad Social de Risaralda les reconociera el seguro por muerte". (fls. 158-159).

El proceso se reconstruyó a solicitud de la parte demandante en los términos previstos en el Decreto 3825 de 1985, (fl. 89) y no observándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El artículo 69 de la Ley 6a. de 1945 instituyó para los senadores y representantes que fallecieren después de ejercido el cargo y dentro del período para el cuál fueron elegidos, el seguro por muerte. En 1959, por la Ley 172, artículo 3o., ésta prestación fue extendida a los Diputados de las Asambleas Departamentales, y por la Ley 48 de 1962, artículo 7o. parágrafos 1 y 2 se dispuso que los Diputados principales que, antes de la fecha en que deban posesionarse de sus cargos adquieran enfermedad o lesión que los incapacite temporal o permanentemente, tendrá derecho a las mismas prestaciones consagradas para los Diputados en ejercicio, y las prestaciones por muerte se causarán también cuando el Diputado principal falleciere o hubiere fallecido después de la elección, pero antes de la fecha en que debieron haberse posesionado del cargo.

De manera que es evidente que la prestación por muerte está consagrada para los diputados elegidos, posesionados o no, pero siempre que sean principales, condición de que no gozan los diputados suplentes sino cuando, ante excusa del principal, asumen la curul de éste, ya sea temporal o definitivamente.

La práctica política administrativa a que alude la parte recurrente, no está autorizada en manera alguna por la ley y por lo tanto no puede generar derechos. El artículo 185 de la Constitución Política de 1886 claramente señala la vocación de los suplentes para reemplazar a los principales por falta absoluta o temporal, luego es a todas luces inconstitucional la presencia de suplentes conjuntamente con su principal en las tareas de la duma, así el voto se conceda sólo a los principales.

En el sub-lite se acreditó que el causante fue elegido Diputado suplente a la Asamblea Departamental de Risaralda para el período constitucional 1982-1984 y que se desempeñó efectivamente como tal entre el 1o. de octubre de 1983 fecha en que tomó posesión y el 30 del mismo mes y año. (fl. 150).

Por otra parte consta que su fallecimiento ocurrió el 12 de noviembre de 1983 (fl. 7), es decir, que al momento de su deceso no estaba en ejercicio de la diputación.

Esta circunstancia fue certificada por la Asamblea Departamental y es aceptada por la misma demandante, quien dice que en el mes de noviembre estaba asistiendo el señor José Wescenslao Castillo, como también lo consigna el acto acusado en uno de sus considerandos en los siguientes términos:

> "Que el señor Fabio Valencia Lenis, según constancia expedida por la H. Asamblea asistió a las sesiones en calidad de Diputado suplente desde el día 1o. de octubre del año 1983; y que según la misma constancia a partir del 1o. de noviembre de 1983 asistió en calidad de Diputado principal en

el mismo renglón del señor Valencia Lenis, el señor Wescenslao Castillo".

En consecuencia, está demostrado que el señor Valencia Lenis al momento de su muerte ya había sido sustituído por el Diputado Principal y en consecuencia no le asiste el derecho a su cónyuge e hijo para recibir del Departamento de Risaralda la prestación de seguro por muerte.

En estas condiciones, habrá de confirmarse 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:

CONFIRMASE la sentencia de junio once (11) de mil novecientos ochenta y cinco (1985) proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el proceso promovido por la recurrente en su propio nombre y en representación legal de su menor hijo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de septiembre 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.

NULIDAD PROCESAL/COMPETENCIA FUNCIONAL/RECURSO DE APELACION

La providencia en que se provee si se concede o no un recurso de apelación contra una sentencia debe ser proferida por la misma Sala que profirió la sentencia y si se llegare a proferir por una Sala distinta, carecería de competencia funcional, que vicia de nulidad la actuación pertinente y la providencia así dictada carecería de poder vinculante. Como esa causal es insaneable a términos del numeral 6o. del artículo 144 del C. de P.C. (modificado por el numeral 84 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989) el Despacho la decretará de oficio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ref: Expediente No. 7374. Autoridades Nacionales. Actor: *Lisandro Alberto Lamos Moreno*

Enviado por el Tribunal Administrativo del Meta ha llegado el asunto de la referencia por apelación concedida contra la sentencia de 10 de agosto de 1992 (fls. 90-111), interpuesta por el apoderado de la parte demandante.

Sin embargo, se observa que inicialmente se negó, sin mayores razones, conceder el recurso por auto de 17 de junio de 1992 (fl. 124), proferido en Sala Unitaria por el magistrado ponente de la sentencia. Contra dicho auto el mismo apoderado interpuso súplica ordinaria (fls. 127-132), para que se revocara y, en su defecto, se le concediera la alzada. Por auto de 10 de agosto de 1992 (fls. 138 a 142), proferido por los tres restantes magistrados, mejor dicho, por Sala de Decisión, así se diga en el encabezamiento "Sala Plena", se revocó el auto suplicado y se concedió en su defecto el recurso de apelación.

La providencia en que se provee si se concede o no un recurso de apelación contra una sentencia debe ser proferida por la misma Sala que profirió la sentencia

y si se llegare a proferir por una Sala distinta, como en el caso de autos, carecería de competencia funcional, que vicia de nulidad la actuación pertinente y la providencia así dictada carecería de poder vinculante.

Como esa causal de nulidad es insanable a términos del numeral 6o. del artículo 144 del C. de P.C. (modificado por el numeral 84 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989) el Despacho la decretará de oficio y en su lugar, ordenará la devolución del asunto al Tribunal de origen para que se reponga la actuación afectada.

Con base en lo expuesto,

SE RESUELVE:

1o.- Declárase la nulidad de la actuación a partir del auto de 17 de junio de 1992 (fl. 124).

2o.- Devuélvase el asunto al Tribunal Administrativo del Meta para que reponga la actuación, cuya nulidad se decreta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NUCLEOS EDUCATIVOS/JEFES-Funciones/**DOCENTES**-Improcedencia

Al no ser los distritos educativos equiparables a los núcleos educativos, como que éstos son dependientes o subordinados de aquellos, mal podrían considerarse equivalentes las funciones de los "jefes o directores de núcleos educativos o de agrupación de establecimientos", con las que corresponde ejercer a quienes son sus jefes o supervisores, los jefes de distrito educativo", y hacer así derivar para éstos los beneficios propios de sus subalternos, que sí son docentes.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 5021. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. ACTORA: *María Nohelia Lara Lopez*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Departamento del Valle del Cauca contra la sentencia del 20 de febrero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de esta entidad territorial, en el proceso incoado por María Nohelia Lara López en orden a obtener la nulidad del Decreto No. 957 del 3 de julio de 1987, expedido por el señor gobernador del citado departamento, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Jefe de Distrito Educativo No. 9, Categoría 14, del municipio de Cartago (folio 143 cdno. ppal.), y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al mismo, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar; igualmente, la no solución de continuidad en la prestación de sus servicios (folio 13 ibídem).

El *a-quo* accedió a las súplicas de la demanda porque la actora se encontraba inscrita en el escalafón nacional docente, y considerar que de acuerdo con las disposiciones de la carrera propia de esta clase de servidores, el empleo de Jefe de

Distrito Educativo, es un cargo directivo que tiene carácter docente; por lo cual, a juicio del Tribunal, no podía ser declarado insubsistente su nombramiento en dicho cargo, como si se tratara de un empleado no perteneciente al escalafón; que cosa muy distinta es que el docente entre a ocupar un empleo simplemente administrativo, puesto que para que el funcionario continúe amparado por el fuero docente debe desempeñar tal cargo en comisión, como lo ha dicho el Consejo de Estado (folios 94 a 100 *ibídem*).

Por su parte la apoderada del Departamento del Valle del Cauca, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, al exponer las razones de inconformidad con la sentencia recurrida, manifiesta que el empleo de Jefe de Distrito Educativo de dicho departamento no es un cargo directivo docente, razón por la cual el funcionario que lo desempeña se rige por las normas de los demás empleados públicos; que la demandante estuvo incorporada a la carrera docente hasta el año de 1984, cuando por Decreto No. 0533 de 6 de abril proferido por el gobernador del departamento, fue designada en un empleo administrativo de la planta de cargos de la mencionada entidad territorial, sin que se le otorgara comisión, por lo que en este asunto se aplica el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979; que en el caso subjudice es preciso tener en cuenta la providencia del 28 de febrero de 1985 dictada por el Consejo de Estado, pues el a-quo alude a una sentencia anterior a la citada; que no es viable que se condene a la Nación como lo hizo el tribunal del conocimiento, porque ha quedado demostrado que el cargo que ocupaba la actora pertenecía a la planta de personal del departamento y no al FER (Folio 144 a 150 ibídem).

En concepto del 28 de agosto de 1990 la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada, ya que el empleo que ocupaba la actora tiene el carácter de directivo docente, por ser equivalente en sus funciones al cargo de Jefe de División de Núcleo Educativo o de agrupación de éstos; que como el empleo pertenece a la carrera docente, por ser similar al establecido en el artículo 32 literal d) del Decreto 2277 de 1979, la demandante no podía ser desvinculada sino mediante procedimiento previo según el estatuto docente y, por ende, la declaratoria de insubsistencia ordenada a través del acto impugnado se llevó a cabo contrariando la ley; que no era indispensable utilizar la figura de la comisión, por cuanto ella se da cuando el docente pasa a un cargo administrativo de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el artículo 86 del estatuto docente (folios 160 a 163).

Admitido el recurso de apelación por auto del 30 de mayo de 1990 (folio 155 ibídem), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como atrás se anotó, se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad del Decreto No. 0957 del 3 de julio de 1987, dictado por el señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, mediante el cual se declaró insubsistente el

nombramiento de la actora en el empleo de Jefe de Distrito Educativo No. 9, Categoría 14, del Municipio de Cartago.

Consta en el proceso que la demandante, por Resolución No. B-014837 de 25 de abril de 1985, había sido ascendida al grado 10 en el escalafón nacional docente (folio 3 cdno. ppal.) y que mediante el Decreto No. 533 de 6 de abril de 1984, fue nombrada en el cargo del cual fue su nombramiento declarado insubsistente luego de desempeñarse en el mismo, por un período superior a los tres años (folios 4 y 38 ibídem).

Ahora bien, para resolver el asunto *sub-examine*, constituye piedra angular dilucidar si el empleo de Jefe de Distrito Educativo es de naturaleza docente y por ende, si quien lo desempeña se encuentra escalafonado en carrera, no puede ser removido sin que previamente se cumpla el procedimiento señalado para el efecto en el Decreto 2277 de 1979; o si por el contrario, no tiene tal carácter y en consecuencia, la demandante estaba regida por el ordenamiento propio de los empleados administrativos y podía ser retirada mediante insubsistencia de su nombramiento, sin trámite previo alguno.

Sobre este tópico la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes oportunidades, como lo hizo en sentencia del 16 de septiembre de 1991, expediente No. 4347, autoridades departamentales, actor: José Reginaldo Higuita, en los siguientes términos:

> "2. Corresponde ahora, estudiar si el cargo de Director de Distrito Educativo, conforme al artículo 32 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, tiene el carácter docente o si, por el contrario, según el artículo 35 ibídem es administrativo y su titular se rige por las normas aplicables a los demás empleados públicos y no por las de dicho estatuto.
>
> El artículo 32 aludido, relaciona los siguientes cargos directivos de la educación oficial como docentes: Director de escuela o concentración escolar, Coordinador o prefecto de establecimiento, Rector de Plantel de enseñanza básica, secundaria o media, Jefe o Director de núcleo educativo o agrupación de establecimientos y Supervisor o inspector de educación. Además, establece que tienen ese carácter los cargos que tengan funciones equivalentes a los anteriormente indicados.
>
> Ahora bien, si conforme al literal b) del artículo 1o. del decreto reglamentario 179 de 1982 el Distrito Educativo está formado por dos o más núcleos educativos, es evidente que a la luz del mencionado artículo 32, el cargo de Director de esos distritos no está comprendido expresamente entre los que tienen carácter docente, como sí lo están los Jefes o Directores de los núcleos educativos que hacen parte de los mencionados distritos.
>
> Además, en armonía con lo anterior, la organización de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia adoptada por el Decreto Departamental 311 de 1984, (fl. 4) establece los núcleos de desarrollo educativo como dependencias directivas del Distrito Educativo, de donde se infiere, que el Director de Distrito es superior jerárquico del Director o Jefe de núcleo, por lo cual los dos empleos tienen funciones no

equivalentes entre sí, siendo ellos obviamente diferentes. Fuerza entonces concluir, que el cargo de Director de Distrito Educativo desempeñado por el actor no puede ser considerado como "docente" a la luz del artículo 32 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979.

Como el actor se apoya en el inciso primero del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 179 de 1982 que dispone que el cargo de Jefe de Distrito Educativo es docente, la Sala no puede atender esta disposición porque ello solo podría ser viable, en los términos del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, si la norma reglamentaria no fuera contraria a la ley y ya quedó visto que con arreglo al artículo 32 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, el Jefe de Distrito Educativo no es un cargo directivo *docente*. Luego, el reglamento no podía establecerlo así.

La Sala concluye, entonces, que el cargo de Director de Distrito Educativo que desempeñó el actor, por no ser directivo docente en los términos del artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, es de carácter administrativo y consecuentemente quien lo desempeña se rige por las normas de los empleados públicos distintos de los docentes, como lo dispone el artículo 35 ibídem.

Al no regirse el demandante en el cargo del cual fue desvinculado por las normas que el Decreto 2277 de 1979 establece para los docentes, no podía ampararlo su artículo 31 del cual pretende derivar su derecho impetrado".

Fluye de lo anterior, que al no ser los distritos educativos equiparables a los núcleos educativos, como que éstos son dependientes o subordinados de aquellos, mal podrían considerarse equivalentes las funciones de los "jefes o directores de núcleos educativos o de agrupación de establecimientos, con las que corresponde ejercer a quienes son sus Jefes o Supervisores, los jefes de distrito educativo", y hacer así derivar para éstos los beneficios propios de sus subalternos, que sí son docentes.

Así las cosas, no comparte la Corporación el concepto de la agencia del Ministerio Público dado en este asunto, según el cual el cargo que desempeñaba la demandante tenía el carácter de directivo docente y, por consiguiente, no podía ser desvinculada del servicio sino por procedimiento previo de conformidad con el estatuto que rige las relaciones de los educadores con la administración.

Finalmente, no sobra anotar que, como bien lo indica la apoderada del Departamento del Valle del Cauca en el escrito contentivo del recurso de apelación, no era viable que en el evento de prosperar las pretensiones del escrito introductorio, se condenara a la Nación como lo hizo el a-quo en el fallo recurrido, pues de acuerdo con el acervo probatorio que aparece en el proceso, el empleo que ocupaba la demandante pertenecía a la planta de personal del Departamento del Valle del Cauca y no al Fondo Educativo Regional —FER— (folios 44, 108 y 110 cdno. ppal.).

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, negará las peticiones de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 20 de febrero de 1990, en el proceso promovido por María Nohelia Lara López en orden a obtener la nulidad del Decreto No. 0957 del 3 de julio de 1987 dictado por el gobernador de dicho departamento y, en su lugar, se dispone:

Níeganse las pretensiones 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 23 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.

RENUNCIA-Inexistencia/**FALSA MOTIVACION**

A la demandante no le correspondía demostrar su afirmación negativa indefinida, en el sentido de que no presentó renuncia al cargo que desempeñaba. Acerca de lo afirmado por la actora, resalta la Sala que la parte demandada se limitó a contestar el hecho cuarto de la demanda en forma evasiva sin siquiera afirmar lo contrario, que la actora si había renunciado, y menos aún, sin haber allegado la prueba que desvirtuara la afirmación de la demandante. En tales circunstancias, la Sala concluye que en la expedición del acto acusado se incurrió en falsa motivación, cuando se dijo aceptar una renuncia que la demandante no presentó.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref: Expediente No. 5085. ASUNTOS MUNICIPALES. Actora: *Soraya Isabel Cotes Escolar*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el MUNICIPIO DE BARRANQUILLA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 30 de marzo de 1990, por medio de la cual declaró la nulidad del Decreto 306 del 29 de mayo de 1987 proferido por la Alcaldía de ese municipio que nombró a José Stitt Soto en el cargo de Asesor Jurídico del Departamento Administrativo de Planeación Municipal en remplazo de SORAYA ISABEL COTES ESCOLAR, a quien se le aceptó la renuncia, ordenó el reintegro de ésta y ordenó el pago de los haberes que dejó de percibir.

En los hechos de la demanda se relató el nombramiento, ratificación y posesión de la demandante en el cargo mencionado y, que se la desvinculó del servicio por el acto acusado, mediante la aceptación de un renuncia que no presentó.

Se invocaron en la demanda como normas violadas los artículos 16 y 17 de la Constitución Política, 84 del C.C.A. y 107 del Decreto 1950 de 1973.

En el concepto de la violación se expresó que la demandante era funcionaria de libre nombramiento y remoción, y que nunca renunció al cargo; no obstante, el nominador motivó su desvinculación aceptando una renuncia que nunca existió, lo cual significa que el ente municipal "quebrantó clara y manifiestamente la legalidad del acto administrativo, en especial lo que se refiere al control de motivación aun cuando ésta sea una excepción en los actos administrativos"; que producido el acto administrativo el servidor público declarado insubsistente, tiene derecho a que el Estado le comunique su decisión sin falsedades, dentro de un marco de corrección y legalidad; que un tratadista de derecho procesal administrativo dice en su obra que si la administración motiva espontáneamente, los motivos expuestos son susceptibles de control jurisdiccional y si se demuestra su error o falsedad, el acto podrá ser anulado; que el "Decreto 1950 de 1973 dice que los actos administrativos donde se declara la insubsistencia del servidor público, no se motivan, pero si debe obrar en la hoja de vida los motivos como una garantía individual y lo cual también está contemplada en nuestra carta Magna, con el fin de que no se lesione con el acto administrativo, lo cual es un derecho subjetivo del servidor público".

La sentencia apelada. Consideró que la administración incurrió en falsa motivación al aceptar una renuncia que la demandante no había presentado y consecuentemente decidió en el sentido ya indicado.

El recurso. Alega la parte demandada que el libelo demandatorio no cumple con la carga procesal de demostrar que se violó alguna norma superior con la expedición del acto acusado; que apenas se menciona el Decreto 1950 de 1973, la cual no es aplicable a los empleados departamentales y municipales, sino los artículos 104, 106 y 107 del Decreto 1732 de 1960 y otras normas de la Ley 4 de 1913 que aún se hallan vigentes.

La vista Fiscal. El Ministerio Público opinó que no existe certeza, por falta de prueba al respecto, acerca de si la renuncia que el acto acusado dijo aceptar, en realidad fue presentada o no por la actora, pues, la inspección judicial verificó otros puntos.

LA SALA CONSIDERA:

1. Como premisa trascendente, observa la Sala que a la demandante no le correspondía demostrar su afirmación negativa indefinida, en el sentido de que no presentó renuncia al cargo que desempeñaba.

Además, acerca de lo afirmado por la actora, resalta la Sala que la parte demandada se limitó a contestar el hecho cuarto de la demanda en forma evasiva (fl. 14), sin siquiera afirmar lo contrario, que la actora sí había renunciado, y menos aún, sin haber allegado la prueba que desvirtuara la afirmación de la demandante.

En tales circunstancias, la Sala concluye que en la expedición del acto acusado se incurrió en falsa motivación, cuando se dijo aceptar una renuncia que la demandante no presentó.

2. Lo anterior es suficiente para que la Sala confirme la sentencia recurrida, y considerar innecesario tratar de establecer si se demostró alguna de las otras causales de nulidad, por violación de las normas invocadas en la demanda, pues, la falsa motivación planteada logró prosperidad, según ya se estableció.

Bien sabido es, que demostrándose cualquiera de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del C.C.A., huelga el estudio de otras que también se hubieran invocado en la demanda.

3. En armonía con lo preceptuado por el artículo 128 de la Constitución, la Sala adicionará la sentencia apelada con la orden de descuento de lo que hubiere percibido la actora durante el tiempo en que estuvo cesante, y constituyere percepción de una doble asignación del tesoro público.

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

FALLA:

1. Adiciónase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 30 de marzo de 1990 en el proceso promovido por SORAYA ISABEL COTES ESCOLAR, con la orden para que se le descuente de la suma que debe pagársele lo que hubiere percibido del tesoro público como contraprestación por servicios prestados dentro de una relación legal y reglamentaria o contractual laboral, a partir del 29 de mayo de 1987.

2. CONFIRMASE en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 30 de septiembre 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.

REVOCACION DIRECTA/ACTO DE CARACTER GENERAL- Procedencia.

En cuanto a que el acto acusado no podía ser revocado porque se encontraba sometido al control jurisdiccional ante el Tribunal, habrá de decirse que de conformidad con el artículo 197 de la C.N. de 1886 y 92 del C. de R.M. normas vigentes en la época de expedición del acto acusado, los Concejos de acuerdo con estas disposiciones no estaban restringidos para reformar la estructura de la administración cuando los acuerdos expedidos por ellos se encontraran demandados, y por lo tanto podían suprimir o fusionar dependencias u organismos municipales, aun cuando el actor creador del organismo o dependencia estuviera sub-judice, por la sencilla razón de que en estos casos prima el interés, general que se persigue con la reforma de la administración, sobre el interés particular. El actor confunde la imposibilidad que puede tener la administración de revocar un acto particular cuando está siendo juzgado por la jurisdicción contenciosa, cuestión bien diferente a la que se debate, donde es la comunidad en general la interesada. Por consiguiente, cuando el artículo 71 del C.C.A. prescribe que la revocatoria no puede cumplirse cuando se haya dictado auto admisorio de la demanda, no debe entenderse nunca referido a los actos de carácter general, por cuanto en ellos existe un interés público inmediato, y por lo tanto como ya se vio ni la Constitución Política ni la ley han consagrado para esta clase de actos restricción de esta naturaleza, pues son los órganos públicos los encargados de mirar y solucionar el interés general en bien de la comunidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5142. ACTOR: *Luz Enith Durán Pérez.* ASUNTOS MUNICIPALES

LUZ ENITH DURAN PEREZ solicita se declare la nulidad del Acuerdo No. 087 del 21 de agosto de 1989, proferido por el Concejo Municipal de Río de Oro y mediante el cual se suprimió la Contraloría Municipal creada mediante Acuerdo No. 01 de 1971, y se declaró terminado el período laboral de los empleados de dicha Contraloría.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, la actora expresa que el acuerdo demandado no se tramitó en el recinto oficial del Concejo pues ésta Corporación había determinado mediante el Acuerdo No. 44 de 1988, que sesionará en el local destinado para el Juzgado Civil Municipal y éste juzgado se trasladaría a la sede del Concejo.

Agrega que de otra parte el Acuerdo No. 01 de 1971 que creó la contraloría Municipal había sido demandado y en la fecha en que se revocó estaba bajo el conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa, no pudiendo así ser revocado.

Expresa la actora que con la expedición del acuerdo demandado No. 087, se le impidió terminar su período fijo de Contralora Municipal que vencía el 31 de diciembre de 1990.

El Municipio de Rio de Oro se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que el Consejo Municipal sesionó en el local acostumbrado del Palacio Municipal y el cambio de local que se pretendió no se cumplió porque el Juzgado Civil Municipal no lo entregó y el acuerdo que ordenó el traslado fue revocado por el Acuerdo No. 74 de 20 de julio de 1989, el cual fue sancionado y publicado por la Alcaldía Municipal y por lo tanto no es cierto que éste no haya entrado a regir como lo certificó el Secretario General del Concejo, persona que por no asistir a las sesiones de dicha Corporación fue retirado del servicio.

Expresa que el Concejo Municipal, al suprimir la Contraloría lo que hizo fue eliminar un acuerdo que presentaba "violaciones a la ley lo cual trajo como consecuencia el dejar sin funciones a la empleada respectiva", pero sin que se hubiera revocado su nombramiento.

La Fiscalía Segunda ante el Tribunal Administrativo solicitó se denegaran las súplicas de la demanda porque a su juicio, el Concejo jamás dejó de sesionar en su sede habitual y las afirmaciones del Secretario del Cabildo eran irreales y tendenciosas. Además, el Concejo conforme a la ley sí podía revocar el acuerdo mediante el cual había creado la Contraloría Municipal.

El Tribunal Administrativo mediante sentencia denegó las súplicas de la demanda por considerar que el Concejo sí podía revocar conforme a la ley el acuerdo demandado, y de otra parte, este acuerdo no confería ningún derecho particular. Concluye que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, el Concejo Municipal sesionó en su sede habitual cuando expidió el acto acusado de una parte, y de la otra, el Concejo revocó legalmente el acuerdo mediante el cual había ordenado su traslado. Finalmente señala el Tribunal que el Concejo Municipal podía validamente revocar el acuerdo que había creado la Contraloría a pesar de que estuviera bajo conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

La actora, interpuso el recurso de apelación por estimar que el acto demandado no se expidió por el Concejo en su sede oficial de sesiones, que es un concepto distinto al de sesionar en el que habitualmente lo hace, pues esta Corporación debía haber expedido el acto acusado en el local donde funcionaba el Juzgado Civil Municipal.

Agrega la actora que a ella le asiste razón porque el acuerdo 074 de 1989 mediante el cual revocó el traslado del Concejo al local del Juzgado Municipal, fue expedido con posterioridad al acto que hoy se acusa.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes no presentaron alegatos.

La *Fiscalía Cuarta* del Consejo de Estado considera que la sentencia apelada debe confirmarse pues el Concejo Municipal sesionó donde se había determinado y el acuerdo que ordenó el traslado al local del Juzgado Civil Municipal fue revocado antes de expedirse el acto acusado. Señala además que el Concejo Municipal podía válidamente revocar el acuerdo demandado en cualquier tiempo sin estar limitado por el hecho de la demanda que se tramitaba ante esta jurisdicción.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La inconformidad de la parte actora radica básicamente en que el acto acusado lo expidió el Concejo Municipal en un sitio que no era su sede oficial, de una parte y de la otra porque hallándose en el ejercicio de su cargo como Contralora Municipal, la supresión de la Contraloría conlleva la revocatoria de su nombramiento, sin que ella lo hubiere consentido.

2) Examinado el artículo 78 del Decreto 1333 de 1986 se concluye que en efecto la ley prescribe que las reuniones y los actos de los Concejos Municipales que se realicen fuera del lugar señalado oficialmente como sede de sus sesiones, carecen de validez.

Textualmente dice esta disposición:

> "ARTICULO 78: Las reuniones de los Concejos que se efectúen fuera del lugar señalado oficialmente como sede de las sesiones y los actos que en ellas se realicen, carecen de validez".

3) Sin embargo, el cambio de oficinas entre el Concejo y el Juzgado Civil Municipal aunque se alcanzó a ordenar, *nunca se produjo* y fue así como el Acuerdo que ordenó el traslado del recinto del Concejo fue revocado mediante el Acuerdo No. 074, el cual fue publicado por bando dentro del término legal (folio 50) antes del trámite de los debates del acto acusado, que lo fue durante los días 19, 20 y 21 de agosto de 1989.

Para llegar a esta conclusión, basta transcribir las certificaciones y normas respectivas, de cuya fecha y términos se concluye lo antes expuesto así:

a) Certificación del Secretario General de la Alcaldía, mediante el cual se revoca el "cambio de sede".

"EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR,

CERTIFICA:

QUE EL ACUERDO NUMERO 074 DE JULIO 20 DE 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA EN TODAS SUS PARTES EL ACUERDO NUMERO 044 DE DICIEMBRE 4 DE 1988, "POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA EL TRASLADO DEL RECINTO DEL HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE RIO DE ORO, CESAR, A LOCAL DONDE SE ENCUENTRA SITUADO EL JUZGADO CIVIL MUNICIPAL", *FUE SANCIONADO POR EL ALCALDE MUNICIPAL Y PUBLICADO POR BANDO DENTRO DE LOS TERMINOS ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 115 DEL DECRETO LEY 1333 DE 1986. LA PRESENTE CERTIFICACION SE EXTIENDE Y FIRMA EN LA SECRETARIA DEL DESPACHO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR, A VEINTICINCO (25) DIAS DEL MES DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE (1989).*

FIRMADO: A. URIEL SANCHEZ SANCHEZ

Secretario General (se subraya)

b) Artículo 116 del Decreto-Ley 1333 de 1986:

"Los acuerdos expedidos por los Concejos y sancionados por los Alcaldes se presumen válidos y producen la plenitud de sus efectos a partir de la fecha de su publicación a menos que ellos mismos señalen fecha posterior para el efecto. La publicación deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a su sanción".

c) Certificación del Secretario del Concejo Municipal sobre fecha de los debates del acto acusado y del Secretario General de la Alcaldía sobre sanción y publicación del mismo:

"ACUERDO NUMERO 087 DE 1989

(AGOSTO 21)

"POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA EN TODAS SUS PARTES EL ACUERDO No. 001 DE DICIEMBRE 2 DE 1971, "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES, Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES". (sic)

"(...)"

"CONCEJO MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR. LA SUSCRITA SECRETARIA AD-HOC *CERTIFICA*: QUE EL PRESENTE ACUERDO SUFRIO LOS TRES DEBATES REGLAMENTARIOS EN FECHAS Y SESIONES DIFERENTES"

PRIMER DEBATE: AGOSTO 19 DE 1989.

SEGUNDO DEBATE: AGOSTO 20 DE 1989.

TERCER DEBATE: AGOSTO 21 DE 1989.

FIRMADO: ROSA ESPERANZA HERRERA QUINTERO Secretaria Ad-hoc".

"(...)"

"SANCIONADO EN EL DESPACHO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR A LOS VEINTIDOS (22) DIAS DEL MES DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE (1989).

FIRMADO: FERNANDO DE LA PEÑA MARQUEZ Alcalde Municipal A. URIEL SANCHEZ SANCHEZ Secretario General".

"EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR,

CERTIFICA:

QUE EL ACUERDO NUMERO 087 DE FECHA AGOSTO 21 DE 1989 "POR MEDIO DEL CUAL SE REVOCA EN TODAS SUS PARTES EL ACUERDO No. 001 DE DICIEMBRE 2 DE 1971", "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA CONTRALORIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", Y SE ACUERDAN OTRAS DISPOSICIONES, FUE SANCIONADO POR EL EJECUTIVO MUNICIPAL Y DEBIDAMENTE PUBLICADO POR BANDO DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 115 DEL DECRETO LEY 1333 DE ABRIL 25 DE 1986. LA PRESENTE CERTIFICACION SE EXTIENDE Y FIRMA EN LA SECRETARIA DEL DESPACHO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE RIO DE ORO, DEPARTAMENTO DEL CESAR, A VEINTITRES (23) DIAS DEL MES DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE (1989).

FIRMADO: A. URIEL S. Secretario General".

Por lo tanto se puede concluir que cuando fue expedido el acto acusado, el Concejo Municipal ya había revocado lo que el actor ha llamado el cambio de sede del Cabildo Municipal.

De tal manera que la informalidad alegada por la actora y relacionada con el cambio de oficina del Concejo Municipal de Río de Oro no se probó.

5) En cuanto a que el acto acusado no podía ser revocado porque se encontraba sometido al control jurisdiccional ante el Tribunal Administrativo del Cesar, habrá de decirse que de conformidad con el artículo 197 de la C.N. de 1886 y 92 del Código de Régimen Municipal, normas vigentes en la época de expedición del acto acusado, los Concejos de acuerdo con estas disposiciones no estaban restringidos para reformar la estructura de la administración cuando los acuerdos expedidos por ellos se encontraran demandados, y por lo tanto podían suprimir o

fusionar dependencias u organismos municipales, aún cuando el acto creador del organismo o dependencia estuviera sub-judice, por la sencilla razón de que en estos casos prima el interés general que se persigue con la reforma de la administración, sobre el interés particular.

El actor confunde la imposibilidad que puede tener la administración de revocar un acto particular cuando está siendo juzgado por la jurisdicción contenciosa, cuestión bien diferente a la que se debate, donde es la comunidad en general la interesada.

6) Por consiguiente, cuando el artículo 71 del C.C.A. prescribe que la revocatoria no puede cumplirse cuando se haya dictado auto admisorio de la demanda, no debe entenderse nunca referido a los actos de carácter general, por cuanto en ellos existe un interés público inmediato, y por lo tanto como ya se vio ni la Constitución Política ni la ley han consagrado para esta clase de actos restricción de esta naturaleza, pues son los órganos públicos los encargados de mirar y solucionar el interés general en bien de la comunidad.

El artículo 71 del C.C.A. está dirigido a los actos de carácter particular o individual. Textualmente dice esta norma:

> "**Oportunidad**. La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aún cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda".

Por este aspecto tampoco está llamado a prosperar el ataque que la actora hace al acto acusado.

7) En cuanto a que con la supresión de la Contraloría Municipal, se le impidió a la actora culminar el ejercicio de su cargo como Contralora pues aún no había vencido su período legal para el cual había sido elegida, habrá de decirse que ésta no es tampoco una causal contemplada en la Constitución Nacional o en la ley que le suspenda a los Concejos Municipales la facultad de ejercer sus atribuciones de reforma municipal de que están investidos, por la sencilla razón de que como antes se advirtió, el interés general prima sobre el interés particular.

Si las necesidades de la organización de las instituciones municipales de Río de Oro, requerían que fuera suprimida la Contraloría Municipal por la época en que se expidió el acto acusado, no podía exigírsele al Concejo Municipal que no suprimiera dicho órgano. Tampoco podía pedírsele que ejerciera esa atribución cuando hubieran vencido los diferentes períodos de nombramiento del personal, porque tendría dicha Corporación que estar expidiendo tantos acuerdos como períodos de vencimiento existieran, o en general esperar el agotamiento de plazos y la reiniciación de trámites administrativos que prolongarían innecesariamente la gestión administrativa.

8) Jurídicamente, con la supresión de la Contraloría Municipal, no puede hablarse técnicamente de la revocatoria del nombramiento de la Contraloría Munici-

pal, pues este cargo luego de la supresión de dicho organismo dejaba de existir legalmente y por lo tanto tampoco podía decirse que el nombramiento se revocaba.

Por los motivos antes expuestos, la Sala estima que 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: confirmase la sentencia apelada y mediante la cual el tribunal administrativo del cesar denego la nulidad del acuerdo no. 087 del 21 de agosto de 1989 proferido por el concejo municipal de rio de oro.

SEGUNDO: En firme el presente fallo, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente: *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION-Requisitos/**PENSION DE JUBILACION**- Régimen Aplicable

Como el artículo 25 de la Ley 33 de 1985 prescribió que tal disposición entraba a regir a partir de su sanción y ésta fue sancionada el día 29 de enero de 1985 y la demandante se retiró del servicio luego de más de 20 años de servicio y cumplió 50 año de edad se concluye que ese día adquirió el estatus de pensionada en los términos consagrados tanto del Decreto Ley 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985 como se acaba de expresar.

PERSONAL DOCENTE NACIONALIZADO/PENSION DE JUBILACION-Pago/**COMPETENCIA**

De conformidad con el numeral 4o. del artículo 2o. de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado, causadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989, período en el cual se causó la pensión de la actora, deben ser reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las entidades que hicieron sus veces como lo es el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5263. ACTOR: *Blanca Cecilia Enríquez Medina.* AUTORIDADES DEPARTAMENTALES.

BLANCA CECILIA ENRIQUEZ MEDINA solicita se declare la nulidad del acto presunto negativo mediante el cual le fue negado el derecho que tiene a la pensión de jubilación, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio.

Fundamenta su solicitud en que entre el 18 de enero de 1952 y el día 4 de octubre de 1978, laboró como docente para el Departamento de Nariño un total de 23 años, 5 meses 18 días, y el día 2 de septiembre de 1985 cumplió 50 años de edad, adquiriendo en estas condiciones el estatus de pensionada, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Agrega que el día 14 de abril de 1989 presentó su solicitud de pensión ante el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO DE NARIÑO, la cual no le fue resuelta y fue así como el 15 de noviembre de 1989 interpuso el recurso de reposición, sobre el cual tampoco hubo pronunciamiento.

Aunque la demanda le fue notificada al Representante Legal del Fondo Prestacional del Magisterio de Nariño, este no dio contestación a ella ni se hizo representar mediante apoderado judicial en el curso del proceso.

El Fiscal Quinto del Tribunal de Nariño solicita se acceda a las pretensiones de la actora por encontrarse debidamente acreditados los requisitos legales para tener derecho a la pensión de jubilación.

El Tribunal de Nariño luego de examinar minuciosamente los diferentes presupuestos de hecho y de derecho concluye que en efecto la actora tiene derecho a devengar la pensión de jubilación y que el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño no resolvió la petición de la demandante a pesar de estar obligado a hacerlo.

Dijo el Tribunal Administrativo en uno de sus apartes:

> "A la vigencia de la Ley 33 de 1985, la petición había demostrado que aún hallándose retirada del servicio había cumplido más de 20 años de actividad docente y su tratamiento legal es el previsto por el Decreto 3135 que faculta a los docentes que hubieren cumplido 50 años de edad, siendo mujer y 20 años de servicio para tener derecho a su pensión vitalicia de jubilación".

Como el fallo no fue apelado, el Tribunal Administrativo lo remitió en grado de consulta a esta Corporación, ante la cual guardaron silencio.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado solicita se confirme el fallo consultado por cuanto de conformidad con los mandatos legales vigentes la actora demostró reunir los requisitos para tener derecho a disfrutar de su pensión de jubilación. En uno de sus apartes, la vista Fiscal expresó lo siguiente:

> "En estas condiciones, resulta indubitable llegar a concluir, que en verdad, la docente Blanca Cecilia Enriquez Medina acredita y acreditó reunir los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación reclamada, la cual fue negada, por silencio administrativo, por la entidad demandada, y la que se causó el día dos (2) de septiembre de 1985, fecha que debe tenerse

en cuenta para el reconocimiento, sin perjuicio de la prescripción trienal que se aplica a las mesadas pensionales y a los reajustes legales (artículo 41 del Decreto 3135 de 1968), es decir, 3 años hacia atrás contados a partir de la fecha en que se formuló la petición (14 de abril de 1989)".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Quedó debidamente demostrado con las certificaciones de los Jefes de Archivo del Departamento de Nariño y de la Contraloría General del Departamento, que la actora entre el año de 1952 y el 4 de octubre de 1978 fecha de retiro del servicio, laboró para el departamento de Nariño en su calidad de docente, durante 23 años 5 meses y 18 días.

2) Quedó igualmente demostrado que la demandante nació el día 2 de septiembre de 1935, mediante certificado de registro civil de nacimiento expedido por el Notario Segundo del Círculo de Pasto.

En estas condiciones, la actora el día 2 de septiembre de 1985, cumplió 50 años de edad.

3) La Ley 33 de 1985 aplicable a la presente demanda y mediante la cual se unificó la edad de pensión tanto para hombres como para mujeres en 55 años, norma modificatoria del Decreto-Ley 3135 de 1968, según el cual las mujeres tenían derecho a la pensión al cumplir 50 años, prescribió que quienes a la fecha de vigencia de dicha ley estuvieran retirados del servicio oficial con 20 años contínuos o discontínuos, tendrían derecho a la pensión cuando cumplieran las mujeres, 50 años de edad o 55 los varones, de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. Dijo al respecto el inciso primero y el parágrafo segundo del Artículo primero de la Ley 33 de 1985:

"ART. 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años contínuos o discontínuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrán derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

"(...)"

PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años contínuos o discontínuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor contínua o discontínua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro".

En armonía con la anterior disposición el inciso primero del artículo 27 del Decreto-Ley 3135 de 1968, prescribía:

> "PENSION DE JUBILACION O VEJEZ.
>
> El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años contínuos o discontínuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, *o 50 años si es mujer*, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalica de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio". (se subraya)

4) Como el Artículo 25 de la Ley 33 de 1985 prescribió que tal disposición entraba a regir a partir de su sanción y ésta fue sancionada el día 29 de enero de 1985 y la demandante se retiró del servicio luego de más de 20 años de servicio el día 4 de octubre de 1978 y cumplió 50 años de edad el 2 de septiembre de 1985, se concluye que ese día adquirió el estatus de pensionada en los términos consagrados tanto en el Decreto-Ley 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985 como se acaba de expresar.

5) De conformidad con el numeral 4o. del artículo 2o. de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado, causadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989, período en el cual se causó la pensión de la actora, deben ser reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las entidades que hicieron sus veces como lo es el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO. Textualmente prescribe esta disposición:

> "ARTICULO 2o. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:
>
> "(...)"
>
> "4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal".
>
> En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: ***CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA Y MEDIANTE LA CUAL EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO OR-***

DENO RECONOCER EN FAVOR DE BLANCA CECILIA ENRIQUEZ MEDINA IDENTIFICADA CON LA C.C. No. 27.051.676 DE PASTO LA PENSION DE JUBILACION EN SU CARACTER DE DOCENTE NACIONALIZADA Y CON CARGO AL FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, remítase 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 septiembre 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 POR INVALIDEZ-Reconocimiento/**PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL**

Ni el literal c del Artículo 27 de la Ley 6a. de 1945 ni otra disposición de esta ley, prescribió que la incapacidad laboral generadora de la invalidez debía ascender al 100 de la capacidad laboral. Esta norma lo que dispuso fue que el empleado hubiera "perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio", que es cosa diferente, pues dicha pérdida para la ocupación u oficio podría iniciarse a partir de un 75 o aún en otro porcentaje. Cuando en la actualidad la ley consagra que la pérdida de la capacidad laboral en un 75 genera la pensión de invalidez, es porque tal porcentaje se debe a razones de orden médico y no de un simple raciocinio matemático de aproximación. No debe confundirse la invalidez hasta en un 75 con la gran invalidez, situación esta última en la cual persona no es que esté simplemente incapacidad para trabajar, sino que ni siquiera es apta para realizar las funciones esenciales mínimas de la vida y cuyo porcentaje de incapacidad si exige entre un 95 y un 100. Conviene anotar que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, disposición legal que no había sido expedida al momento de producirse la invalidez de la actora, sí es ilustrativa y aun invocable retrospectivamente en cuanto a que concibe como inválido a un empleado que adquiere una incapacidad laboral del 75. Por consiguiente, como la actora al momento de retirarse del servicio había perdido su capacidad de trabajo para realizar toda su labor, en un porcentaje muy amplio como lo es el del 75 y que conforme a la Ley vigente dicho porcentaje trae como consecuencia en favor del empleado la pensión de invalidez, así deberá declararse, ameritando por lo tanto la confirmación de la sentencia consultada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 5341. ACTOR: *María Margarita Ramos de Lafaurie.* AUTORIDADES NACIONALES

MARIA MARGARITA RAMOS DE LAFAURIE, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones No. 6918 y 3674 de 1985, mediante las cuales la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL le negó el derecho a la pensión de invalidez que a su juicio tiene derecho.

Fundamenta su solicitud en que prestó sus servicios primero como Ayudante de Enfermería y luego como Vendedora del Comisariato Oficial del Sanatorio de Agua de Dios, dependencia del Ministerio de Salud Pública, entre el 1o. de octubre de 1955 y el 30 de agosto de 1965, y aunque ingresó a trabajar afectada por la enfermedad de Hansen gozaba de aptitud física para laborar y en cambio a la fecha de su retiro había perdido toda su capacidad de trabajo.

Agrega la actora que la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL le negó la pensión de invalidez por estimar que en la fecha de su retiro se encontraba vigente la Ley 6a. de 1945, según la cual la pensión de invalidez se confería a quien hubiera perdido su capacidad de trabajo en un 100% y como según el certificado médico rendido para la actora, se refería a una incapacidad laboral del 75%, no le asistía el derecho a dicha prestación social.

Notificada la demanda a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, dicho organismo a través de su apoderado judicial solicitó la práctica de varias pruebas tendientes a la comprobación de los hechos materia del proceso, sin efectuar ningún otro pronunciamiento.

En el término de traslado para alegar de conclusión las partes guardaron silencio.

El Fiscal Cuarto ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicita se declare la nulidad de los actos acusados y se condene el pago de la pensión de invalidez por estimar que quien apenas puede rendir un 25% de su capacidad de trabajo o sea una cuarta parte del total, tiene una pérdida de la capacidad laboral para toda ocupación u oficio, haciéndose acreedor a la correspondiente pensión de invalidez. Dijo el Fiscal lo siguiente:

> "Así las cosas, en una interpretación teleológica y práctica de la situación es entendible que *a la luz de la Ley 6a./45/a la PENSION DE INVALIDEZ se tiene derecho desde cuando el servidor público acredite la pérdida de su capacidad del 75% o más que afecte su actividad en cualquier ocupación u oficio* y no se puede en este caso "confundir ni mezclar" el problema de la PERDIDA PORCENTUAL DE LA CAPACIDAD LABORAL con el del VALOR PORCENTUAL DE LA MESADA DE LA PENSION DE INVALIDEZ debido a que bajo la "vigencia" de la Ley 6a./45 *el Legislador no estableció "diferencias porcentuales" de la mesada según el*

porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, como sí ocurrió en el art. 23 de D.L. 3135/68, por lo cual no debe incidir este nuevo criterio en la solución del conflicto. Tampoco puede ser tenido en cuenta el D.L. 3135/68, en la solución del conflicto actual porque esa disposición no regía para la época de la desvinculación de la actora y porque el Legislador no consagró excepcionalmente su aplicación "retroactiva" a casos de ese tiempo. De esta manera se actualiza y precisa el criterio de este Despacho sobre la materia y la norma en comento".

El Tribunal Administrativo accedió a las súplicas de la demanda, acogiendo las diferentes y amplias motivaciones que la Fiscalía expresó en su visita fiscal antes señalada, agregando que esta pensión de invalidez de conformidad con las leyes 4a. de 1976 y 71 de 1988 no puede ser inferior al salario mínimo legal y los reajustes a ella procedían de acuerdo con las diferentes normas sobre la materia.

Al Consejo de Estado llegó el proceso en grado de consulta sin que las partes hubieran efectuado ninguna otra consideración.

La Fiscal Novena del Consejo de Estado solicita se confirme el fallo consultado. En uno de sus apartes, la Fiscalía expresó lo siguiente:

"Frente a la realidad probatoria que se deja descrita, cabe preguntarse: para efectos de la aplicabilidad de la ley 6 de 1945 (art. 17 lit. c), un porcentaje de incapacidad laboral del orden del 75%, imposibilita completamente a una persona, para el desempeño de cualquier ocupación, de toda ocupación? En el sub-lite, y dada la particular circunstancia de tratarse de la enfermedad de Hansen (lepra), la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. La norma en comento no habla de ningún porcentaje. Simplemente exige la pérdida de la "... capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio...", situación que se estableció en los autos..."

Para resolver se considera:

1) Quedó debidamente establecido que la actora en su calidad de empleada del orden nacional se retiró del servicio el día 30 de agosto de 1965 hallándose afectada de la enfermedad de Hansen (lepra), la cual le produjo una incapacidad para laborar del 75% de acuerdo con los actos acusados, afirmaciones que no son objeto de impugnación. En esa fecha la pensión de invalidez se encontraba regulada para los funcionarios del orden nacional en el artículo 17 de la Ley 6a. de 1945, la cual contempla lo siguiente:

"Los *empleados* y obreros *nacionales* de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones":

"(...)"

c) "*Pensión de invalidez* al empleado u obrero que *haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio*, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin

bajar de cincuenta pesos ($50.oo) mcte., ni exceder de doscientos ($200.oo) pesos mcte. La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación". (se subraya)

3) Como puede observarse la Ley 6a. de 1945 a diferencia de las normas vigentes no concibió la pensión de invalidez con base en porcentajes de incapacidad laboral como sí lo prescribió posteriormente el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, norma que modificó para los empleados públicos del orden nacional, la citada ley 6a. de 1945. Dice al respecto el citado artículo 23:

"PENSION DE INVALIDEZ

La invalidez que determine una *pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75% da derecho a una pensión*, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:

a) El cincuenta (50%) por ciento cuando la pérdida de la incapacidad laboral sea del 75%;

b) Del 75% cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%.

c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.

PARAGRAFO. La pensión de invalidez excluye la indemnización". (se subraya)

4) Como el argumento central de la CAJA NACIONAL para negar la pensión de invalidez consistió en que conforme a la Ley 6a. de 1945 el empleado para tener derecho a dicha pensión debía tener una incapacidad del 100% para toda ocupación u oficio, habrá de decirse lo siguiente:

a) Ni el literal c del Artículo 27 de la Ley 6a. de 1945 ni otra disposición de esta ley, prescribió que la incapacidad laboral generadora de la invalidez debía ascender al 100% de la capacidad laboral. Esta norma lo que dispuso fue que el empleado hubiera "perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio", que es cosa diferente, pues dicha pérdida para la ocupación u oficio podría iniciarse a partir de un 75% o aun en otro porcentaje.

b) Cuando en la actualidad la ley consagra que la pérdida de la capacidad laboral en un 75% genera la pensión de invalidez, es porque tal porcentaje se debe a razones de orden médico y no de un simple raciocinio matemático de aproximación.

c) No debe confundirse la invalidez hasta en un 75% con la gran invalidez, situación esta última en la cual la persona no es que esté simplemente incapacitada para trabajar, sino que ni siquiera es apta para realizar las funciones esenciales mínimas de la vida y cuyo porcentaje de incapacidad sí exige entre un 95% y un 100%.

d) En estas condiciones se está confundiendo la gran invalidez con la invalidez que si bien ambas generan la correspondiente pensión, una y otra difieren por el grado de extensión de la enfermedad.

e) Como la Ley 6a. de 1945 no exige que la pensión de invalidez surja únicamente cuando la persona no pueda realizar las funciones mínimas esenciales de la vida, sino cuando "haya perdido su capacidad de trabajo" según sus propias voces, no le asiste razón a la Caja Nacional cuando afirma que se requiere de un 100% de pérdida de la capacidad laboral, porque va en contra de la realidad médico-laboral.

Si hoy en día con los medios científicos, clínicos y ortopédicos, un empleado es inválido cuando llega a un 75% de incapacidad laboral, con mayor razón la tenía el empleado que en el año de 1965 fue incapacitado para trabajar en ese porcentaje.

f) Cuando la Ley 6a. de 1945 expresaba que la pensión de invalidez surgía cuando el empleado perdía su capacidad de trabajo "para toda ocupación u oficio", debe entenderse que se refería a aquella pérdida propia de su profesión, actividad u oficio del cual dependía su fuerza de trabajo y respecto de la cual quedó inválido, porque la prestación social para su causación no exigía como contrapartida que el empleado tuviera que al ingresar a trabajar o durante su permanencia laboral, demostrar una aptitud multidisciplinaria laboral en destreza de profesión, artes u oficios que le sirvieran alternativamente para sobreponerse a una posible invalidez.

5) Conviene anotar que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, disposición legal que no había sido expedida al momento de producirse la invalidez de la actora, sí es ilustrativa y aun invocable retrospectivamente en cuanto a que concibe como inválido a un empleado que adquiere una incapacidad laboral del 75%.

Por consiguiente, como la actora al momento de retirarse del servicio había perdido su capacidad de trabajo para realizar toda su labor, en un porcentaje muy amplio como lo es el del 75% y que conforme a la ley vigente dicho porcentaje trae como consecuencia en favor del empleado la pensión de invalidez, así deberá declararse, ameritando por lo tanto la confirmación de 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, de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: *CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA Y MEDIANTE LA CUAL EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DECLARO LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES Nos. 6918 Y 3674 DE 1985 PROFERIDAS POR LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL Y MEDIANTE*

LAS CUALES HABIA NEGADO LA PENSION DE INVALIDEZ A MARIA MARGARITA RAMOS DE LAFAURIE, ENFERMA DE HANSEN.

SEGUNDO: En firme la presente providencia remítase 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 septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente: *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA-Aceptación/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Facultades/**RENUNCIA FORZADA**

El clima del trabajo en el Ministerio de Gobierno, resultó tensionante para el actor con el cambio de administración, pues las solicitudes de información de sus labores de trabajo, entre ellas las de las comisiones de servicio, no estuvieron debidamente coordinadas, lo cual generó diferencias que pudieron distorsionar las relaciones interpersonales, como lo anotó el actor. El oficio del Ministerio mediante el cual se aceptó la renuncia del cargo, sin existir la voluntad de la autoridad competente, que lo era el Presidente de la República, quebrantó el artículo 120-5 de la C.N. de 1886, así como el artículo 1o. del Decreto 1153 de 1978, disposiciones vigentes a la fecha de expedición del acto, pues de acuerdo con tales normas, el Primer Magistrado a quien le correspondía nombrar y remover al Profesional Especializado de un Ministerio. Como mediante el Decreto 009 de 1979 se aceptó una renuncia que no fue libre y espontánea, sino el resultado de una exigencia, el acto deberá anularse por contrariar los artículos que regulan la materia en el Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y en el Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 554. ACTOR: *Luis Ernesto Morales Arellano.* DECRETOS DEL GOBIERNO

LUIS ERNESTO MORALES ARELLANO, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 1088 de 12 ó 14 de diciembre de 1978, suscrito por el Ministerio de Gobierno y mediante el cual acepta la renuncia, al cargo de Profesional Especializado del Despacho de dicho Ministerio y del cual era titular.

Como posteriormente le fuera nuevamente aceptada la renuncia, de dicho cargo, mediante el Decreto No. 009 de 18 de enero de 1979, solicita igualmente la nulidad de éste acto.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que el Ministerio de Gobierno, por intermedio del Secretario General, solicitó renuncia a su cargo de Profesional Especializado, lo cual dejó consignado en su carta dimisoria.

Manifiesta el actor, que la renuncia fue provocada, y no se inspiró en necesidades del servicio, y la aceptó el Ministro, quien no era el competente para aceptarla, sin respaldo en un acto del Presidente de la República. La aceptación de la renuncia mediante el decreto, no era procedente, a pesar de que el cargo era de libre nombramiento y remoción, pues no podía hacer uso de él, con desconocimiento de los derechos de que era titular, por cuanto la facultad de libre remoción, es una facultad reglada.

Como disposiciones violadas, cita los siguientes artículo: 2o., 16, 17, 20, 26, 30, 57 y 120-5 de la C.N. de 1886, 12, 13, 14 y 27 del Decreto 2400 y sustitutivos del Decreto 3074 de 1968, 110, 111, 112 y 115 del Decreto 1950 de 1973, 15 del C.C., 299 del C.R.P. y M., 8 de la ley 153 de 1887, 19 del C.S.T y 66 del C.C.A.

En el expediente reconstruido, de conformidad con el Decreto 3825 de 1985, no obra copia de la oposición a la demanda, ni de la vista fiscal en la primera instancia, aunque en la copia de la sentencia del Tribunal, simplemente se manifiesta, que la Fiscalía 7a., solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

El Tribunal absolvió a la nación, Ministerio de Gobierno, por considerar que el actor no comprobó las afirmaciones de la demanda, pues los declarantes no fueron personas que percibieron directamente los supuestos fácticos de la demanda, y el Secretario General, persona que supuestamente llevara el mensaje del Ministro, de solicitud de renuncia, y que según el actor, presionara su retiro, negó enfáticamente tales hechos. Dijo el Tribunal al respecto:

> "Analizadas las diversas documentales que obran en el expediente al igual que las distintas declaraciones que fueron recepcionados *no aparece acreditado en autos la referida exigencia de la renuncia*, pues en especial, a los distintos declarantes que se trajeron al Despacho, no les consta en forma directa la mencionada exigencia ya que de ello tienen conocimiento solamente a través de comentarios sobre el particular".
>
> (se subraya)

En el Consejo de Estado, la providencia que decretó la reconstrucción del proceso, ordenó que ésta quedara en traslado al Fiscal para que emitiera concepto de fondo.

Tampoco se allegaron los documentos de apelación de la sentencia, ni los alegatos de conclusión de las partes.

Aparece sí copia de un memorial del apoderado del actor, sin copia de la providencia que lo haya resuelto, en el cual manifiesta su inconformidad, en virtud de que la sentencia del Tribunal, no motivó la negativa de las pretensiones de todos y cada uno de los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad. Expresó el actor, lo siguiente:

> "De conformidad con el artículo 311 del C. de P.C., atentamente solicito ADICION de la sentencia proferida en el asunto de la referencia.
>
> ALCANCE DE LA ADICION PEDIDA
>
> La sentencia cuya adición solicito no motiva la negativa de las pretensiones aducidas en la demanda, en relación con todos y cada uno de los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad que se imputan a los actos administrativos demandados, solo muy someramente y en forma parcial alude a uno de ellos.
>
> En consecuencia, dicho fallo es violatorio del artículo 163 de la Constitución Nacional que ordena motivar toda sentencia". (Fl. 17)

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicita se confirme la sentencia, por cuanto el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado. Textualmente dijo:

> "Afirma el señor apoderado de la parte actora, que se ejerció indebida coacción sobre el señor Luis Ernesto Morales Arellano, para que presentara renuncia del cargo de Profesional Universitario 3010-08 del Despacho del Ministro de Gobierno y que, por tal razón, aquélla no fue una actuación espontánea, libre y voluntaria.
>
> La evidencia procesal acredita que el cargo del cual fue desplazado el actor era de libre nombramiento y remoción, razón por la cual a la administración le bastaba ejercer la facultad discrecional para removerlo, ya que no estaba amparado por fuero alguno de relativa inamovilidad. Si se le solicitó la renuncia (pues no aparece acreditado que se haya ejercido coacción), ello no obedeció al propósito de conspirar contra garantía constitucional o legal alguna de permanencia en el cargo, si no como gesto de cortesía que, en modo alguno, va contra el derecho o lesiona la dignidad personal del dimitente. No se demuestra en el informativo la existencia de elementos que viciaran el consentimiento del demandante.
>
> Por otro lado, y en lo que toca con la censura de incompetencia del Ministro de Gobierno para aceptar la dimisión del cargo hecho por el actor "... ya que esto corresponde privativamente al Presidente de la República ...", basta anotar que tal deficiencia fue enmendada por el Decreto No. 009 del 18 de enero de 1979, demandado en este proceso, expedido por éste y aquél (folio 16)".

Para resolver se considera:

1) El actor demanda dos actos administrativos a saber, el primero, mediante el cual el Ministro de Gobierno, en el oficio No. 1088 de fecha 12 ó 14 de diciembre de 1978 (el documento ostenta ambas fechas), acepta sin existir acto previo del Presidente de la República, la renuncia del actor, en los siguientes términos:

"Bogotá, D.E. 12 de diciembre 14 de diciembre (sic) de 1978

Señor Doctor

Luis Ernesto Morales Arellano

E.S.M.

Estimado Doctor Morales:

Me refiero a su apreciable comunicación del 7 de diciembre en la cual usted presenta renuncia del cargo que venía desempeñando en este Ministerio, a partir de la fecha en que terminen las vacaciones que ya le fueron decretadas.

Al aceptar su renuncia agradezco a usted los servicios que ha prestado al gobierno, y le deseo el mayor de los éxitos en sus nuevas actividades.

Sin otro particular soy de usted atento servidor,

GERMAN ZEA

Ministro de Gobierno".

2) La carta del actor, que motivó el anterior acto acusado, expresa lo siguiente:

"Bogotá, 7 de diciembre de 1978

Doctor

GERMAN ZEA HERNANDEZ

Ministro de Gobierno

Ciudad

Atendiendo la exigencia que usted me transmitió verbalmente por el digno conducto del doctor Lorenzo Solano Peláez, Secretario General del Ministerio, *le presento renuncia* del cargo de Profesional Especializado —Visitador Administrativo—, a partir de la fecha en que terminen las vacaciones que ya me fueron decretadas.

No puedo dejar pasar inadvertido en esta oportunidad, que me retiro del Ministerio de Gobierno con la satisfacción del deber cumplido llevándome el más grato recuerdo y admiración por ilustres Jefes que me brindaron toda su confianza y recibí de ellos estímulos que son para mí motivo de orgullo y de la más profunda satisfacción.

Atentamente,

LUIS ERNESTO MORALES ARELLANO

Profesional Especializado". (se subraya)

3) El segundo acto demandado, es el Decreto 009 de 1979, mediante el cual el Presidente de la República, con la refrendación del Ministerio de Gobierno, acepta la anterior renuncia, en los siguientes términos:

> "Artículo 1o.- Con fecha diez (10) de enero del año en curso, acéptase la renuncia prestada por el doctor ERNESTO MORALES ARELLANO, del cargo de Profesional Especializado 3010-08 del Despacho del Ministro".

En el curso del proceso, se procuró por el actor, entrar a demostrar que hubo diferencias, las cuales surgieron entre él y el Asesor del Ministro. Aquel deseaba continuar suministrando los informes de comisión, al Secretario General, y éste, el Asesor del Ministro, al parecer, deseaba le fueran rendidos o entregados a él, de una parte, y de la otra que el Asesor del Ministro no estuvo de acuerdo con el actor, respecto del contenido de un informe de comisión producto de una visita de investigación relacionada con el Intendente del Putumayo. De acuerdo con el acta de visita, el Intendente presentaba antecedentes penales, y el Asesor del Ministro, no compartía tales afirmaciones.

5) Los declarantes, JOSE VICENTE CORDOBA ESPAÑA, RICARDO HURTADO OCAMPO, JAIRO HURTADO GOMEZ, BEATRIZ ROA DE PARRA, ALVARO IVAN VARGAS Y FAVIO ISRAEL VALENCIA MORATO, relatan en una y otra forma, la solicitud de renuncia del empleo del actor en la siguiente forma:

a) Declaración de JOSE VICENTE CORDOBA ESPAÑA:

En uno de los aparte de ésta declaración y respecto de la fuente de conocimiento de la solicitud de renuncia al actor y su concepción personal sobre los hechos, expresó:

> "No me consta directamente las desaveniencias entre el Asesor del Ministro, Dr. MALDONADO y el Dr. MORALES, pero fue (sic) voz general en el Ministerio dichas ocurrencias.- PREGUNTADO: En la misma forma sírvase decir qué le consta personalmente sobre existencia de presiones o coacciones de cualquier naturaleza para lograr (sic) la renuncia del Dr. MORALES. CONTESTO: Sin más rodeos existe la nota del señor Secretario General, Dr. SOLANO, corrijo: Sin más rodeos existe la nota de renuncia presentada por el Dr. MORALES en donde dice renunciar obedeciendo a la petición hecha en ese mismo sentido.-
>
> PREGUNTADO: Sírvase decirnos si tiene, rectifico, si tuvo percepción directa en cuanto a la supuesta exigencia de renuncia hecha por el Dr. LORENSO SOLANO al Dr. MORALES ARELLANO.- CONTESTO: No tuve percepción directa sobre el hecho que se me pregunta pero aclaro que el conocimiento no sólo se adquiere por percepción directa".

b) Declaración de RICARDO HURTADO O. Dijo el testigo:

> "PREGUNTADO: Sírvase informarnos si tuvo algún conocimiento personal y directo sobre exigencia de renuncia al Dr. MORALES ARELLANO

> o sobre existencia de presiones o coacciones para lograr ese fin.- CONTESTO: Personalmente lo único que me consta fue el informe que personalmente me dio el veedor de aquella época (1978), Dr. JOSE VICENTE CORDOBA E., informe que motivó el que yo le hubiera insinuado al Dr. MORALES que presentara su renuncia para que evitara que lo destituyeran".-

c) BEATRIZ ROA DE PARRA.

La declarante presenta el conocimiento que tuvo de la solicitud de renuncia en la siguiente forma:

> "En cuanto a la renuncia del Dr. Morales el fue quien me manifestó que le había exigido la renuncia el señor Ministro por intermedio del Dr. Solano, a lo cual me mostré muy sorprendida.- No conozco los términos en que él presentó su renuncia".

d) No aparece copia de la declaración del Secretario General, LORENZO SOLANO PELAEZ, pero la sentencia del tribunal, destacó lo siguiente:

> "De otro lado, el doctor Lorenzo Solano Peláez, quien desempeñara el cargo de Secretario General del Ministro de Gobierno, persona esta que concretamente señala el señor Morales Arellano en su carta de renuncia (fl. 4), como la encargada de trasmitir tal exigencia proveniente del titular de la cartera política, en su diligencia de folios 128 a 130, enfáticamente niega que él hubiese ejercido tal presión o que le hubiera solicitado renuncia alguna".

e) El declarante MIGUEL A. MALDONADO HERNANDEZ, Asesor del Ministro, no aceptó tener conocimiento de la solicitud de renuncia del actor y en su lugar expresó que "me imagino que el Dr. MORALES creyó conveniente retirarse del Ministerio y por tal motivo presentó renuncia".

f) ALVARO IVAN VARGAS C. Jefe de personal del Ministerio.

Dijo el testigo lo siguiente:

> "*A raíz de algunas presiones por parte del Asesor* según los propios comentarios del Dr. Morales, *le empecé a notar algún grado de desmotivación* sin que con ello pueda afirmar que eso lo condujo a presentar una renuncia". (se subraya)

Del acervo probatorio visible en el sub-lite se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) Para la Sala resulta reveladora la circunstancia en el escrito presentado el actor su renuncia, y manifestando en el escrito correspondiente que "Atendiendo la exigencia que usted me transmitió verbalmente por el digno conducto del doctor Lorenzo Solano Pelaéz, Secretario General del Ministerio, le presentó renuncia...", el Ministerio, al aceptársela, casi inmediatamente, guardó silencio absoluto sobre esa situación (provocación de la renuncia) y tramitó pos-

teriormente el decreto respectivo. Se aprecia el afán de aceptar la renuncia, primeramente por la circunstancia de hacerlo el Ministro quien no era la autoridad competente para el efecto, aspecto que se corrige días después con el decreto correspondiente.

De los distintos testigos ninguno afirma haber conocido las circunstancia concreta de petición de la renuncia, lo cual es claro para la Sala, pues usualmente una actuación de esta naturaleza no se sucede en presencia de testigos. Se deduce sí, que había un ambiente laboral difícil en relación con el actor.

2) De la lectura global del proceso, se concluye que el clima de trabajo en el Ministerio de Gobierno, resultó tensionante para el actor con el cambio de administración, pues las solicitudes de información de sus labores de trabajo, entre ellas las de las comisiones de servicios, no estuvieron debidamente coordinadas, lo cual generó diferencias que pudieron distorsionar las relaciones interpersonales, como lo anotó el actor.

3) Igualmente conviene señalar que, si la administración deseaba prescindir de los servicios del demandante no tenía por qué acudir a la solicitud de la renuncia, sino ejercer la facultad de libre remoción, declarándolo insubsistente si las necesidades del servicio así lo requerían, de una parte, y de la otra, observar que dicho funcionario no era un empleado que representara a la cúpula administrativa de la función pública de dicho Ministerio, como para admitir la sugerencia de dimitir, como acto protocolario predicable solo para los altos cargos del Estado, como lo ha sostenido también esta Sala.

4) También llama la atención a la Sala, la forma descuidada con la que la administración atendió este proceso, pues no se constituyó apoderado, y en consencuencia no obra alegato alguno que explicara o que incorporara información que pudiera desvirtuar lo sostenido en la demanda.

Lo anterior es más relevante, si se tiene en cuenta que a la Nación —Ministerio de Gobierno—, se le notificó la demanda, pero sin que esto le hubiera merecido adelantar diligencia alguna de su parte.

5) El oficio del Ministro de Gobierno, No. 1088 de 12 ó 14 de diciembre de 1978, mediante el cual se aceptó la renuncia del cargo del Profesional Especializado del actor, sin existir la voluntad de la autoridad competente, que lo era el Presidente de la República, quebrantó el artículo 120-5 de la C.N. de 1886, así como el artículo primero del Decreto 1153 de 1978, disposiciones vigentes a la fecha de expedición del acto, pues de acuerdo con tales normas, era el Primer Magistrado a quien le correspondía nombrar y remover al Profesional Especializado de un Ministerio. Textualmente decía el artículo 1o. del Decreto 1153 de 1978:

> "Artículo 1o.: Delégase en los ministros y jefes de departamento administrativo la facultad de nombrar y remover funcionarios para el ejercicio de los empleos nacionales correspondientes a las plantas de personal de los organismos a su cargo, *excepto* de los de viceministro, subjefe de departamento administrativo, consejero del Presidente de la República, Secretario

Privado del Presidente de la República, superintendente, consejero, asesor, director, jefe de división, jefe de oficina, jefe de sección, jefe de unidad, administrador de impuestos, administrador de aduanas, investigador científico y *profesional especializado*". (se subraya)

Este decreto fue derogado por el Decreto 406 de 1989, el cual mantuvo la competencia del Presidente de la República en la nominación y retiro del Profesional Especializado de los Ministerios. Muy posteriormente, mediante el Decreto 1679 de 3 de julio de 1991, esta competencia le fue atribuida a los Ministros del Despacho, normas desde luego, no aplicables al caso.

6) Así pues, como mediante el decreto 009 de 1979 se aceptó una renuncia que no fue libre y espontánea, sino el resultado de una exigencia, el acto deberá anularse por contrariar los artículos que regulan la materia en el Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y en el Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: *REVOCASE* LA SENTENCIA APELADA Y EN SU LUGAR SE DISPONE DECLARAR LA NULIDAD DEL CONTENIDO DEL OFICIO No. 1088 DE 1978 Y DEL DECRETO 09 DE 1979, MEDIANTE LOS CUALES LE FUE ACEPTADA LA RENUNCIA A LUIS ERNESTO MORALES ARELLANO DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO DEL DESPACHO DEL MINISTRO DE GOBIERNO.

SEGUNDO: La Nación —MINISTERIO DE GOBIERNO— deberá reintegrar el Dr. LUIS ERNESTO MORALES ARELLANO en un cargo de igual o superior categoría y cancelarle los sueldos, prestaciones sociales y demás derechos dejados de percibir a partir de su retiro del servicio y hasta el día en que se produzca su retiro, considerándose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad entre su retiro y el reintegro al servicio.

TERCERO: La Nación descontará todas aquellas sumas, que a título de salario o de prestación social haya podido percibir el actor, del Estado, de sus entidades descentralizadas, o de cualquier entidad oficial como resultado de una vinculación laboral, de acuerdo a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política.

CUARTO: 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 siete (7) de octubre 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.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO/CADUCIDAD-Interrupción

Habiéndose iniciado la tramitación de la conciliación dentro del término de caducidad, éste quedó suspendido por un máximo de sesenta días, lo que significa, en consecuencia, que, presentada la demanda, lo fue dentro de la suspensión de la caducidad, es decir, en tiempo.

DEMANDA/INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Mientras la nulidad busca únicamente el restablecimiento del orden jurídico supuestamente quebrantado, la de nulidad y restablecimiento del derecho persigue además la satisfacción de un derecho individual. Ha debido la actora solicitar más bien la inaplicabilidad de los decretos del Alcalde en este caso concreto, si los consideraba contrarios a normas superiores; más no pedir su nulidad en una acción como la que ha ejercido.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda.

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

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*

Ref: Expediente No. 6979. APELACION INTERLOCUTORIO. Actor: *Martha Elena Villa Rivillas*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 28 de febrero del año en curso, en el que el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda, por caducidad de la acción, dentro del proceso adelantado por MARTHA ELENA VILLA RIVILLAS contra el municipio de Rionegro, su Alcalde y los Concejales, para solicitar la nulidad de los actos que la desvincularon del cargo en la Contraloría del Municipio y reclamar su reintegro al mismo.

El *A-Quo* apoyó su decisión en que la notificación de la desvinculación se efectuó el 31 de julio de 1991 de acuerdo a lo afirmado por la misma actora en el hecho quinto del libelo, según el cual, "El acto administrativo del Consejo Municipal no le fue comunicado a mi cliente la cual en una acción de hecho de la administración fue sacada de su lugar de trabajo el día 31 de julio de 1991, fecha en la que conoció la supresión de la entidad donde laboraba". (fl. 29).

Explica el Tribunal:

> "Si se tiene en cuenta que la desvinculación se produjo el 31 de julio de 1991, como lo afirma el señor apoderado, y la demanda se presentó en el Tribunal el 19 de diciembre de 1991, ha operado el fenómeno de la caducidad, habida cuenta de que han trascurrido más de cuatro (4) meses, que es el término previsto para esta clase de acción por el art. 136 del C.C.A." (fl. 29).

Al sustentar el recurso, informa la parte recurrente que en noviembre 18 de 1991 ante la Fiscalía Segunda de ese Tribunal presentó "solicitud de conciliación extrajudicial de acuerdo a la Ley 23 de 1991 vigente a la fecha" y que se surtió la correspondiente audiencia. Alega que "la solicitud de conciliación interrumpe el término de caducidad de acuerdo al Artículo 61 de la Ley 23 de 1991".

Agrega que la demanda fue adicionada en dicho sentido "con las pruebas que afirman lo que estoy manifestando en este recurso". (fl. 37).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Se solicita en la demanda declarar la nulidad del Acuerdo No. 062 del 26 de julio de 1991 del Consejo Municipal de Rionegro, por el que se suprimió la Contraloría del Municipio, y, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo y el pago de prestaciones y sueldos. (fls. 18-19).

Obra en autos el Acuerdo del Consejo Municipal de Rionegro de 24 de julio de 1991, en que se dispuso suprimir "en el Tren Administrativo Municipal el funcionamiento de la Contraloría de Rionegro". (fl. 26).

Se afirma en la demanda que el acto administrativo no le fue comunicado a la actora, quien se informó de él cuando "fue sacada de su lugar de trabajo el día 31 de julio de 1991". (fl. 27).

Tomando en consideración esta fecha, el Tribunal concluyó que, habiéndose presentado la demanda en diciembre 19 del mismo año, la acción evidentemente se encontraba caducada. (fls. 27-30).

Actuó el Tribunal acertadamente no disponiendo de la información que luego suministró la parte actora al interponer el recurso de apelación en marzo 13 del año en curso, fecha en que también aparece adicionando la demanda en este mismo sentido. (fls. 36-37).

Evidentemente según el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, el término de caducidad se interrumpe con la tramitación de la conciliación.

Expresa esta norma:

> "Durante el término de la vía gubernativa, el trámite de la conciliación suspenderá el de aquélla durante un plazo que no excederá de sesenta (60) días.
>
> Cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de sesenta (60) días.
>
> PARAGRAFO.- No habrá lugar a conciliación cuando la correspondiente acción haya caducado".

A este respecto, obran en autos los siguiente documentos:

- Solicitud de audiencia de conciliación elevada al Fiscal del Tribunal Administrativo de Antioquia en noviembre 18 de 1991. (fls. 31-32).

- Resolución No. 83 de diciembre 4 de 1991 por la que el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Antioquia acepta la petición de conciliación, señala fecha para la diligencia y convoca a las partes. (fl. 33-34).

- Acta de Conciliación prejudicial de enero 28 de 1992. (fls. 35-36).

De estos elementos de juicio resulta claro que, habiéndose iniciado la tramitación de la conciliación dentro del término de caducidad, éste quedó suspendido por un máximo de sesenta días, lo que significa, en consecuencia, que, presentada la demanda en diciembre 19 de 1991, lo fué dentro de la suspensión de la caducidad, es decir, en tiempo.

Sin embargo, observa la Sala que el actor enjuicia también el Decreto 140 de julio 18 de 1991 por el cual el Alcalde de Rionegro cita al Consejo Municipal a sesiones extraordinarias y fija la agenda de la sesión, así como el Decreto 141 del día siguiente, que adiciona el anterior (fl. 18), lo cual significa que el accionante utilizó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para acusar actos de carácter general sin tener interés jurídico para hacerlo.

Contra tales actos sólo cabía la acción pública de nulidad.

Ha dicho la Sala en casos similares que, mientras la nulidad busca únicamente el restablecimiento del orden jurídico supuestamente quebrantado, la de nulidad y restablecimiento del derecho persigue además la satisfacción de un derecho individual.

Ha debido la señora Martha Elena Villa Rivillas solicitar más bien la inaplicabilidad de los decretos del Alcalde en este caso concreto, si los consideraba contrarios a normas superiores; más no pedir su nulidad en una acción como la que ha ejercido.

Presentándose en esta demanda una indebida acumulación de acciones, el auto inadmisorio del Tribunal debe ser confirmado aun cuando por razones diferentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992) por el que el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 30 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.

CONGRESO DE LA REPUBLICA/MESA DIRECTIVA/INSUBSISTENCIA-Improcedencia/**EMPLEO DE PERIODO**-Inexistencia

En el expediente hay prueba de que la demandante se venía desempeñando como empleada en el Senado de la República y de las demás pruebas infiere la Sala que para el período comprendido en el momento en que fue expedido el acto acusado, no había sido nombrada, pues, el nombramiento para ese período ocurrió posteriormente. De otro lado se tiene que dentro del período mencionado, las funciones de Director Administrativo del Senado fueron desempeñadas, para la época en que se removió a la demandante, a partir del 9 de septiembre de 1982, por encargo, y a partir del 18 de octubre del mismo año, en propiedad, lo cual determina que con arreglo a las previsiones del artículo 14 de la Ley 52 de 1978 la Mesa Directiva carecía de competencia para emitir actos de administración de personal, como el de remoción de la actora.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: expediente No. 4988 AUT. NACIONALES. Actora: *María Herly Cañón de Cortés*

Conoce la Sala del grado de jurisdicción denominado consulta, de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1990, por medio de la cual se declaró la nulidad de la resolución 131 de 19 de octubre de 1982 que declaró insubsistente el nombramiento de la demandante MARIA HERLY CAÑON DE CORTES en el cargo de Oficial de Archivo de Registro y Control, en el Senado de la República y ordenó el pago de los haberes dejados de percibir hasta el 15 de marzo de 1983. El reintegro solicitado fue negado.

En los hechos de la demanda se afirmó que la actora venía prestando sus servicios en el Senado de la República; que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, proferida por la Comisión de la Mesa se llevó a cabo después de haberse iniciado el nuevo período legislativo "que comenzó el 19 (sic) de julio de 1982, es decir cuando" la actora había prestado sus servicios como empleada dentro del lapso constitucional que se prolonga de 1982 a 1986. En el hecho tercero, se alega la incompetencia de la Comisión de la Mesa del Senado para proferir el acto acusado.

En el capítulo de las normas violadas y la explicación de su concepto de violación, se invocaron como infringidos los artículos 14 de la ley 52 de 1978, 16, 17, 26 y 20 de la Constitución Política anterior. El concepto de violación se hizo consistir en que si por mandato del mencionado artículo 14, la provisión de los empleados del Congreso corresponde a los Directores Administrativos, no podía entonces la Mesa del Senado expedir la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante.

La sentencia consultada. Encontró demostrado que el Director Administrativo del Senado de la República ya se encontraba prestando sus servicios para la fecha en que la Mesa Directiva produjo el acto acusado desvinculando del servicio a la actora, y con fundamento en el artículo 14 de la ley 52 de 1978 concluyó que la competencia de administración de personal que tenía aquella Directiva, solo podía ejercerse mientras se designaba a los Directores Administrativos, por lo cual, la resolución demandada se expidió sin competencia.

De otro lado, al verificar que a la demandante se le restituyó al servicio mediante la Resolución 571 del 15 de marzo de 1983, el Tribunal negó el reintegro y ordenó el pago de los haberes dejados de percibir desde la desvinculación hasta esa fecha.

CONSIDERA LA SALA

1. *Competencia.* Teniendo en cuenta que la consulta se surte en favor de las entidades públicas, la Sala estudiará la sentencia consultada únicamente en lo desfavorable a la Nación.

2. La certificación de folios 74 a 77, demuestra que la demandante se venía desempeñando como empleada en el Senado de la República desde 1975 y de las demás pruebas infiere la Sala que para el período comprendido entre el 20 de julio de 1982 y 19 de julio de 1986, en el momento en que fue expedido el acto acusado el 19 de octubre de 1982, no había sido nombrada, pues, el nombramiento para ese período ocurrió posteriormente el 15 de abril del año 1983 (fl. 61 cuaderno de antecedentes).

3. De otro lado se tiene que dentro del período mencionado, las funciones de Director Administrativo del Senado fueron desempeñadas, para la época en que se removió a la demandante, por el Doctor Darío Londoño Cardona, a partir del 9 de septiembre de 1982, por encargo, y a partir del 18 de octubre del mismo año, en

propiedad, lo cual determina que con arreglo a las previsiones del artículo 14 de la ley 52 de 1978 la Mesa Directiva carecía de competencia para emitir actos de administración de personal, como el de remoción de la actora.

4. Consecuentemente, la nulidad proferida por la sentencia consultada debe confirmarse.

5. No obstante que la actora tomó posesión nuevamente el 19 de abril de 1983 y que consecuentemente hasta ese día tendrán que pagársele los haberes dejados de percibir desde su desvinculación, y no hasta el 15 de marzo anterior como lo entendió el Tribunal, la Sala no puede modificar en ese punto la sentencia consultada por no poder hacer mas gravosa la situación de la parte en cuyo factor se surtió la consulta, conforme se vio anteriormente.

En mérito de los dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1990, en el proceso promovido por MARIA HERLY CAÑON DE CORTES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

Aprobado en la Sala del día 22 de octubre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Carlos A. Orjuella Góngpra, Jaime Mossos Guarnizo Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA-Aceptación/**ACTO ADMINISTRATIVO/NOTIFICACION**

No existe norma legal que permita la anulación de un acto por no haber sido publicado, comunidad o notificado, según el caso. El acto que ha sido proferido por funcionario que tiene competencia para ello, sin desviación de poder y sin violación de disposiciones superiores, es un acto correctamente expedido y no envuelve en sí, irregularidad alguna. Si es necesario notificar el acto y ello no se hace, o se hace irregularmente, las consecuencias de tal omisión o deficiencia son bien diferentes a los de la nulidad de la manifestación de voluntad de la administración, pues según las voces del artículo 48 del C.C.A., en tales condiciones no "producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales". Es de advertir que el acto administrativo mediante el cual se acepta una renuncia no pone fin a una actuación administrativa como sucedería con el acto que destituye a un funcionario, reconoce el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación o que ordena la inscripción de un funcionario en la carrera administrativa. Por ende, aquel acto administrativo no se notifica sino que se comunica, como sucede asimismo con otros actos de carácter discrecional como los que ordenan la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y en casos de movimientos de personal como en los traslados y encargos. Y, como ya se dijo, tampoco existe disposición que permita anular un acto por no haberse hecho la correspondiente comunicación o realizado ésta de manera irregular o en forma deficiente.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 5017. ASUNTOS MUNICIPALES. *Actor: Fernando de Jesús Nieto Sánchez.*

propiedad, lo cual determina que con arreglo a las previsiones del artículo 14 de la ley 52 de 1978 la Mesa Directiva carecía de competencia para emitir actos de administración de personal, como el de remoción de la actora.

4. Consecuentemente, la nulidad proferida por la sentencia consultada debe confirmarse.

5. No obstante que la actora tomó posesión nuevamente el 19 de abril de 1983 y que consecuentemente hasta ese día tendrán que pagársele los haberes dejados de percibir desde su desvinculación, y no hasta el 15 de marzo anterior como lo entendió el Tribunal, la Sala no puede modificar en ese punto la sentencia consultada por no poder hacer mas gravosa la situación de la parte en cuyo factor se surtió la consulta, conforme se vio anteriormente.

En mérito de los dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1990, en el proceso promovido por MARIA HERLY CAÑON DE CORTES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

Aprobado en la Sala del día 22 de octubre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Carlos A. Orjuella Góngpra, Jaime Mossos Guarnizo Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA-Aceptación/**ACTO ADMINISTRATIVO/NOTIFICACION**

No existe norma legal que permita la anulación de un acto por no haber sido publicado, comunidad o notificado, según el caso. El acto que ha sido proferido por funcionario que tiene competencia para ello, sin desviación de poder y sin violación de disposiciones superiores, es un acto correctamente expedido y no envuelve en sí, irregularidad alguna. Si es necesario notificar el acto y ello no se hace, o se hace irregularmente, las consecuencias de tal omisión o deficiencia son bien diferentes a los de la nulidad de la manifestación de voluntad de la administración, pues según las voces del artículo 48 del C.C.A., en tales condiciones no "producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales". Es de advertir que el acto administrativo mediante el cual se acepta una renuncia no pone fin a una actuación administrativa como sucedería con el acto que destituye a un funcionario, reconoce el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación o que ordena la inscripción de un funcionario en la carrera administrativa. Por ende, aquel acto administrativo no se notifica sino que se comunica, como sucede asimismo con otros actos de carácter discrecional como los que ordenan la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y en casos de movimientos de personal como en los traslados y encargos. Y, como ya se dijo, tampoco existe disposición que permita anular un acto por no haberse hecho la correspondiente comunicación o realizado ésta de manera irregular o en forma deficiente.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 5017. ASUNTOS MUNICIPALES. *Actor: Fernando de Jesús Nieto Sánchez.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de febrero 15 de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

El señor Fernando de Jesús Nieto Sánchez solicita la declaración de nulidad tanto de la resolución No. 001 de febrero 1 de 1988 expedida por el Concejo Municipal de YUMBO, mediante la cual se le aceptó al actor la renuncia del cargo de Consejero Administrativo de la citada corporación administrativa, como de la sesión del concejo efectuada en la citada fecha.

Como restablecimiento del derecho, se pide en el libelo se ordene al municipio de YUMBO : reintegrar al demandante en el mencionado empleo, con el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar y la no solución de continuidad en sus servicios (folios 35 y 36).

LA SENTENCIA APELADA

El a-quo denegó las súplicas de la demanda, previa consideración de que ésta cumple el requisito formal que la ley exige en cuanto a las disposiciones citadas como infringidas; que en parte alguna aparece prueba dentro del proceso en cuanto que para ser nombrado el actor, se le hubiera exigido previamente la presentación de la renuncia para ser utilizada en cualquier oportunidad; que tampoco es viable en el caso sub-judice alegar falta de notificación del acto por el cual se le aceptó la renuncia, ya que todo indica que el demandante tuvo conocimiento de dicho acto; que al menos puede tenerse por notificado el actor mediante conducta concluyente, que suple cualquier falta de notificación personal; que en lo atinente a la petición de que se declare la nulidad de la sesión del concejo celebrada el 1 de febrero de 1988, ninguna de las normas invocadas como violadas ha sido desconocida en este asunto (folios 97 a 101).

LA IMPUGNACION

Por su parte el actor, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con el fallo del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, manifestando que de acuerdo con las pruebas por él aportadas, se establece que el demandante laboró hasta el 3 de febrero de 1988, fecha en la cual tuvo conocimiento de la designación de su reemplazo; que el acto administrativo creador de situaciones jurídicas particulares y concretas no fue notificado ni comunicado en la forma determinada en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, por lo que no puede producir los efectos por él perseguidos (folios 103 y 104).

EL CONCEPTO FISCAL

En concepto de septiembre 28 de 1990 la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada (folios 120 a 122).

Afirma la agencia del Ministerio Público en el referido concepto, que estudiado el expediente no existe prueba tendiente a demostrar que el actor hubiera sido presionado para presentar la renuncia; que no fue desvirtuado en el proceso por la parte demandante la apreciación según la cual consta en el acta del 1 de febrero de 1988 del Concejo Municipal de Yumbo, que había quórum reglamentario para reunirse, según informe de la secretaría de la corporación, por lo que se presume que la aceptación de la renuncia se ajustó a la ley; que el actor no individualizó las disposiciones mencionadas como infringidas en el escrito introductorio, tal como lo ordena el artículo 137, ordinal 4, del decreto 01 de 1984; que los actos discrecionales como el impugnado no se notifican sino que se comunican, ya que no están poniendo término a ninguna actuación administrativa y, por ende, no procede ningún recurso; que no obstante lo anterior, el demandante presentó el libelo dentro de los 4 meses que establece el comentado decreto, notificándose por conducta concluyente y subsanando de esta manera cualquier irregularidad producida sobre este tópico; que la falta de notificación de un acto administrativo no conlleva su nulidad sino su ineficiencia. (folios 120 a 122).

CONSIDERACIONES:

La Sala en reiteradas ocasiones ha manifestado, que así como la demanda señala el marco de juzgamiento dentro del cual se debe analizar la juridicidad del acto cuya nulidad se impetra, el apelante, al señalar en la sustentación del recurso los motivos de inconformidad respecto a la providencia impugnada, delimita las razones a que debe atender el *ad-quem* para modificar o revocar la decisión por el juez de primera instancia.

En consecuencia, como en este asunto la parte actora expone su inconformidad en el escrito contentivo del recurso de apelación exclusivamente en lo que concierne a la falta de notificación y comunicación del acto administrativo enjuiciado, solo a tal aspecto debe referirse el examen de la Sala en relación con la providencia apelada.

La Corporación en múltiples oportunidades ha sostenido que la falta de notificación de un acto administrativo o las irregularidades que en ella se pueda incurrir, no generan la invalidez o la nulidad del acto enjuiciado.

No existe norma legal que permita la anulación de un acto por no haber sido publicado, comunicado o notificado, según el caso. El acto que ha sido proferido por funcionario que tiene competencia para ello, sin desviación de poder y sin violación de disposiciones superiores, es un acto correctamente expedido y no envuelve en sí, irregularidad alguna. Si es necesario notificar el acto y ello no se hace, o se hace irregularmente, las consecuencias de tal omisión o deficiencia son

bien diferentes a los de la nulidad de la manifestación de voluntad de la administración, pues según las voces del artículo 48 del C.C.A., en tales condiciones no "producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales".

Finalmente, es de advertir que el acto administrativo mediante el cual se acepta una renuncia, no pone fin a una actuación administrativa como sucedería con el acto que destituye a un funcionario, reconoce el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación o que ordena la inscripción de un funcionario en la carrera administrativa. Por ende, aquel acto administrativo no se notifica sino que se comunica, como sucede asimismo con otros actos de carácter discrecional como los que ordenan la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y en casos de movimientos de personal como en los traslados y encargos. Y, como ya se dijo, tampoco existe disposición que permite anular un acto por no haberse hecho la correspondiente comunicación o realizado ésta de manera irregular o en forma deficiente.

Por lo anterior, en armonía con el concepto emitido por la distinguida colaboradora fiscal, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 15 de febrero de 1990, dentro del proceso instaurado por el señor Fernando de Jesús Nieto Sánchez en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 01 de 1 de febrero de 1988 expedida por el Concejo Municipal de Yumbo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Este proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (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.

ABANDONO DEL CARGO/DESTITUCION/PROCESO DISCIPLINARIO/DERECHO DE DEFENSA

La ausencia al trabajo de la actora los días 16, 19 y 20 del mes de mayo de 1986 carece de justificación legal y en el proceso disciplinario adelantado a la demandante por la Contraloría General de la República no hubo violación del derecho de defensa y del debido proceso. La Sala no encuentra que en este asunto haya existido infracción de esos principios, pues como lo anotan la agencia del Ministerio Público y el Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido, en el proceso disciplinario se le dio a conocer a la actora el informe, se le escuchó en declaración de descargos, se le brindó la oportunidad de pedir pruebas, se tuvieron en cuenta las que fueron aportadas y la sanción se impuso mediante acto administrativo motivado, contra el cual se interpuso el recurso pertinente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 5062. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Luz Orfilia Chacón de Gómez.*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de marzo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso incoado por Luz Orfilia Chacón de Gómez en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 05608 de 22 de julio de 1988 y 000484 de 24 de enero de 1989, expedidas por la Contraloría General de la República, por medio de las cuales, respectivamente, se sancionó a la actora con destitución del cargo que desempeñaba y se la inhabilitó para el ejercicio de empleos públicos por

el término de tres meses, y se confirmó el primero de los actos administrativos mencionados.

Como restablecimiento del derecho, se pide en el escrito demandatorio se ordene el reintegro de la actora al mismo cargo que ocupaba al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios, prestaciones, gastos médicos, hospitalarios y quirúrgicos, con los respectivos aumentos a que tenga derecho durante el retiro de la administración y hasta cuando se lleve a cabo el reintegro; igualmente, la no solución de continuidad en sus servicios (folios 32 y 33 cdno. ppal.).

El a-quo denegó las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que la muerte de las señora madre de la actora se produjo cuando ésta hacía uso de sus vacaciones y, por ende, no se justificaba el permiso por calamidad doméstica; que si se aceptara que la demandante tenía derecho a dicho permiso, la funcionaria debió elevar una petición y esperar la respuesta afirmativa de su superior jerárquico; que la actora no asistió a trabajar los días, 16, 19 y 20 de mayo de 1986, como ella misma lo admite en escrito dirigido al señor Contralor General de la República; que en tal circunstancia se debe concluir que la demandante incurrió en falta disciplinaria prevista como causal de destitución del cargo, acorde con el artículo 38, numeral 23, del decreto 937 de 1976; que si la actora tenía derecho a un día libre aduciendo que había cumplido funciones de jurado de votación, debía para el efecto contar con la autorización de su superior; que en el caso sub-lite no existió violación del derecho de defensa de la demandante en el proceso disciplinario que se realizara contra ella, ya que se le dio a conocer el informe, se le oyó en declaración de descargos, se le brindó la oportunidad de pedir pruebas y se tuvieron en cuenta las que fueron aportadas; que prueba de este hecho es que se desecharon dos de los tres cargos que inicialmente se le formularon; que en cuanto a la graduación de la sanción impuesta, ella es improcedente en lo referente a la pena de destitución; que no se infringió en este asunto el artículo 14 de la ley 13 de 1984 sobre los criterios para la calificación de las faltas, pues la conducta atribuída a la actora es definida como falta grave por el legislador (artículo 38 del decreto 937 de 1976); que la demandante no precisó en qué forma pudo ser violado el artículo 59 del decreto mencionado, por lo que no es dable analizar su posible infracción (folios 81 a 95 ibídem).

Por su parte la demandante, en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con el fallo de 21 de marzo de 1990 del Tribunal Administrativo del Quindio, manifestando que la actora se encontraba disfrutando de descanso remunerado por 30 días cuando ocurrió el fallecimiento de su señora madre, circunstancia que le daba derecho a obtener 3 días adicionales de permiso por calamidad doméstica; que la demandante solicitó y obtuvo de su jefe inmediato autorización para correr las vacaciones de que disfrutaba por 3 días, como se infiere de la declaración de la secretaría de éste, testimonio que no mereció ninguna credibilidad al a-quo; que el permiso por calamidad doméstica cuyo objeto es faltar al trabajo, no tiene efecto alguno cuando se está disfrutando de vacaciones; que la actora solamente tenía la posibilidad de disfrutar el día compensatorio por haber sido jurado de votación, el último día hábil de los 45 previstos en

el artículo 105 del decreto 2241 de 1986 el 15 de mayo de este año, por lo que la demandante convencida de su derecho se presentó a trabajar el 21 de mayo de 1986; que acorde con el artículo 38, numeral 23, del decreto 937 de 1976 puede afirmarse que la inasistencia al trabajo no sería sancionable, aunque no se obtuviera la autorización superior, cuando se pruebe fuerza mayor o caso fortuito, en este evento, la calamidad doméstica que daba derecho a interrumpir las vacaciones por 3 días y a extenderlas durante el mismo término; que sinembargo está demostrado dentro del proceso que se obtuvo el permiso para correr las vacaciones, lo cual implica el derecho a interrumpir dichas vacaciones; que así las cosas es forzoso afirmar que en el caso *sub-judice* no se tipificó la infracción disciplinaria imputada a la actora (folios 98 a 101 ibídem).

En concepto de 8 de octubre de 1990 la Fiscalía Novena del Consejo de Estado, considera que la sentencia apelada amerita ser confirmada, puesto que en el caso sub-lite el proceso disciplinario se ajustó a las disposiciones legales pertinentes; que desde el punto de vista formal no se advierte quebranto al debido proceso en la investigación adelantada; que las normas especiales de la Contraloría General de la República señalan como falta grave sancionable con destitución, la ausencia al trabajo por tres días, sin justificación legal; que las explicaciones de la actora sobre su ausencia al trabajo obedecen a razones eminentemente subjetivas; que el funcionario debe solicitar cada uno de sus derechos y esperar que les sean concedidos; que bien hubiera podido el nominador aplicar una sanción menor, pero los motivos para graduarla corresponden a éste y en estricto derecho no se podría afirmar que la empleada no incurrió en la falta por la cual se le sancionó (folios 108 a 110 ibídem).

Admitido el recurso de apelación por auto de 6 de julio de 1990 (folio 104 ibídem), cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Contraloría General de la República, mediante los cuales se destituyó a la demandante del cargo que desempeñaba en ese organismo como Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 2, de la Auditoría Regional ante la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Armenia.

Ahora bien, la Sala comparte el concepto dado por la agencia del Ministerio Público en este asunto, en cuanto que la sentencia de 21 de marzo de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindio amerita ser confirmada.

En efecto, la Corporación considera que en el caso *sub-judice* la ausencia al trabajo de la actora los días 16, 19 y 20 del mes de mayo de 1986 carece de justificación legal y que en el proceso disciplinario adelantado a la demandante por la Contraloría General de la República no hubo violación del derecho de defensa y del debido proceso.

Observa la Corporación que en los días a que se ha hecho referencia en que la actora dejó de asistir a su lugar de trabajo, como lo admite la misma parte demandante en el libelo (folio 7 cdno. ppal.), no se produjo el fallecimiento de su señora madre, pues éste ocurrió el día 16 de abril de 1986, es decir, un mes antes de la fecha en que la señora de Gómez no se hizo presente en su trabajo, por lo que no resulta viable admitir por esta circunstancia que en el caso sub-lite existió fuerza mayor o caso fortuito que justificara la conducta asumida por la demandante y, por ende, se exonerara de responsabilidad disciplinaria.

De otra parte, el supuesto permiso que fuera solicitado por la actora, debe ser concedido por autoridad competente bajo el cumplimiento de las formalidades legales exigidas para el efecto y, por consiguiente, en este asunto otorgado de manera previa por el funcionario correspondiente, siempre y cuando éste lo considerará pertinente y las necesidades del servicio lo permitieran, con el fin de que la demandante justificara su ausencia laboral en aquello días en que no estuvo presente en su trabajo. Sin embargo, tales exigencias no se encuentran debidamente acreditadas dentro del proceso, no obstante lo sostenido en su declaración por la secretaria de la dependencia donde prestaba sus servicios la señora de Gómez, según la cual "El señor revisor delegado Jorge Arturo Herrera, al darle el visto bueno a ese oficio, sí estaba autorizando a la señora Luz Orfilia correr sus vacaciones. No es más". (folio 37 cdno. ppal.)

Sobre el particular, la comunicación dirigida por la demandante al mencionado revisor delegado de Calarcá, es del siguiente tenor:

> Calarcá mayo 14 de 1986
>
> Señor
> JORGE ARTURO HERRERA ARIAS
> Revisor Delegado
> Calarcá
>
> Me permito informarle que mis vacaciones se corren tres (3) días por calamidad doméstica por la muerte de mi Madre, además un (1) día como compensatorio por haber trabajado en las pasadas votaciones del 9 de marzo del presente año.
>
> Atentamente,
> LUZ ORFILIA CHACON DE G.
> Revidocumentos 07
> (folio 64 Cdno. No. 4).

Como puede verse del texto de la citada comunicación, la actora lo que está haciendo en ella es informar al referido funcionario su decisión de correr sus vacaciones tres días por el fallecimiento de su señora madre y otro día como compensatorio por haber actuado como jurado de votación, sin que del contenido de dicha comunicación se pueda inferir que lo que estaba solicitando a la administración era un permiso y ni siquiera autorización alguna para que a la demandante se

le prorrogaran sus vacaciones, pues ésta de por sí y ante sí ya había tomado la decisión de no concurrir a sus labores, lo cual resulta a todas luces inadmisible.

Tampoco aparece en el comentado documento el visto bueno del funcionario a quien fuera remitida la comunicación mencionada. Solo aparece la constancia de recibo de la misma. De otro lado, en el proceso judicial no fue aportada la declaración del revisor delegado, de la cual se pudiera establecer que éste, en efecto, dio el visto bueno a la comunicación del 14 de mayo de 1986, suscrita por la demandante.

En lo atinente al día compensatorio a que tenía derecho la actora por haber actuado como jurado de votación, es obvio concluir también que para haber hecho uso de él se requería igualmente de la autorización previa otorgada conforme a las conveniencias del servicio, como lo manifiesta el a-quo en la sentencia apelada (folio 93 cdno. ppal.)

Finalmente, no obstante lo afirmado por la parte actora en el escrito introductorio respecto del desconocimiento del derecho de defensa y la violación del debido proceso en la investigación disciplinaria adelantada contra la demandante (folios 9 y 10 ibídem), no encuentra la Sala que en este asunto haya existido infracción de esos principios, pues como lo anotan la agencia del Ministerio Público y el Tribunal del conocimiento en el fallo recurrido, en el proceso disciplinario se le dio a conocer a la actora el informe, se le escuchó en declaración de descargos, se le brindó la oportunidad de pedir pruebas, se tuvieron en cuenta las que fueron aportadas y la sanción se impuso mediante acto administrativo motivado, contra el cual se interpuso el recurso pertinente que fue resuelto por resolución, como puede observarse en el cuaderno No. 4 del expediente.

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 del 21 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, dentro del proceso instaurado por Luz Orfilia Chacón de Gómez, en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 05608 de 22 de julio de 1988 y 000484 de 24 de enero de 1989 expedidas por la Contraloría General de la República.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Arturo Orjuela Góngora; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RETIRO POR DERECHO A PENSION

Bien podría el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ante la falla de diligencia de la demandante retirar del cargo que desempeñaba en ese instituto descentralizado, sin que fuera necesario que la entidad demandada para dicho retiro, tuviera que adelantar procedimiento administrativo distinto al que llevó a cabo, por el hecho de que la actora hubiera pertenecido a la carrera administrativa. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, el funcionario tiene la obligación de tramitar de manera inmediata el reconocimiento de la correspondiente pensión, una vez ha sido notificado de que reune los requisitos para el retiro del servicio.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Seccion Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente Número 1773. Autoridades Nacionales. Reconstrucción D.E. 3825/1985. Actor: *Eulalia Cisneros De Rauch*

Habiéndose tenido como reconstruído el proceso iniciado mediante demanda y por conducto de apoderado judicial por la Doctora Eulalia Cisneros de Rauch en ejercicio de la acción de plena jurisdicción hoy de "nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85 C.C.A. Decreto-Ley 2304 de 1989), contra los actos administrativos emanados del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que la desvinculó del cargo de Jefe de División 2040 grado 14 de la División de Estudios Jurídicos de la Subdirección Jurídica de dicha entidad descentralizada adscrita al Ministerio de Salud, y habiéndose situado la instancia en el momento de dictación de sentencia, corresponde a la Sala decidir lo que fuere del caso, al no observar existencia de vicio que incida en la actuación.

I - DEL PETITUM

Según se lee en el libelo, pretende la parte demandante que se declaren nulas las Resoluciones Nros. 002164 de octubre 29 de 1982 y 002563 de diciembre 1o. del mismo año expedidas por el Instituto de Bienestar Familiar, mediante las cuales quedó removida la doctora Cisneros de Rauch del cargo que venía desempeñando, por reunir las condiciones para tener derecho a disfrutar de pensión de jubilación. Impétrase además que, como consecuencia de ello, se restablezca a la Doctora de Rauch al empleo mencionado, que se condene a la entidad demandada a pagarle los sueldos, primas, bonificaciones y demás asignaciones desde cuando cesó en sus funciones hasta el día de su reintegro; que se disponga que para todos los efectos legales relacionados con las prestaciones sociales, no ha existido solución de continuidad; y que a la sentencia se le de cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A.

II - DE LOS HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION

Sobre este aspecto, la parte actora manifiesta lo siguiente:

"1o-) La señora EULALIA CISNEROS DE RAUCH, laboró al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, desde el 1o. de septiembre de 1969, siendo su último cargo el de Jefe de División 2040 Grado 14 de la División de Estudios Jurídicos de la Subdirección Jurídica de dicha entidad.

2o-) Por haber cumplido con los requisitos pertinentes y teniendo en cuenta los méritos de mi poderdante, el Departamento Administrativo del Servicio Civil la inscribió en el escalafón de la Carrera administrativa.

3o-) Por medio de la Resolución número 002164 de 29 de octubre de 1982, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar procedió a retirar del servicio a la doctora CISNEROS DE RAUCH como Jefe de División 2040 Grado 14 de la División de Estudios Jurídicos de la Subdirección Jurídica de esa entidad, por considerar que ella había reunido con las condiciones para tener derecho a disfrutar de su pensión mensual vitalicia de jubilación.

4o-) Contra la anterior Resolución mi poderdante interpuso en tiempo oportuno el recurso de reposición que fue resuelto por la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la Resolución número 002563 de 1o. de diciembre de 1982, en la cual se dispuso no revocar la Resolución 02164 de octubre 29 de 1982.

5o-) Para la fecha en que mi poderdante fue retirada del servicio no se había expedido la providencia que decretara el reconocimiento de su pensión mensual vitalicia de jubilación, en la forma ordenada por el artículo 120 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968.

6o-) Estoy dentro del término para ejercer la presente acción de plena jurisdicción de carácter laboral, de que trata el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la Resolución que resolvió el recurso

de reposición interpuesto por mi poderdante y con la cual se agotó la vía gubernativa, le fue notificada a ella el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982)". (fl. 6 cdno. ppal).

Relaciona como violados los arts. 2, 17, 26 y 30 de la Constitución; art. 86 del Decreto 1848 de 1969; arts. 120 y 124 del Decreto 1950 de 1973.

El concepto de la violación aparece expuesto a folios 6, 7 y 8 del cuaderno principal.

III - CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, dice a la letra:

"Reiteradamente, la Administración, cumplió con la obligación de notificar que le imponen los incisos primeros de los artículos 86 del Decreto 1848 de 1969 y 124 del Decreto 1950 de 1973, luego la vehemente afirmación de la actora en el sentido de que no lo hizo carece de respaldo en la evidencia procesal. Los segundos incisos de las normas en cita PARECEN, literalmente, dar la razón a la demandante en cuanto a que, al decretarse el retiro, aún no había sido reconocida la pensión. Aparentemente, por cuanto, como vimos, esas normas reclaman una interpretación de conjunto, armónica, entre los primeros y segundos incisos. Este aserto cobra aún mayor virtud atendido el tercer inciso del artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 según el cual "... *si hechas las gestiones del empleado*, no se decretare el reconocimiento de la pensión, o no se hiciere efectivo dentro del supradicho término, la entidad nominadora aplazará el retiro hasta que se produzca el reconocimiento y se inicie el goce de la pensión".

Vale decir, el aplazamiento del retiro hasta cuando se reconozca la pensión no cabe duda alguna que está sometido a que el empleado, efectivamente y dentro de los seis meses señalados por la ley, haga gestiones serias orientadas al logro de dicho cometido. Y ya se vio cómo el empleado, aquí, se regalo más de dos años, con la extralegal complacencia de la Administración, para solicitar el tan mencionado reconocimiento.

Por lo discurrido, esta Agencia Fiscal, conceptúa que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar". (fl. 92 cdno. ppal.).

SE CONSIDERA:

Se trata de dilucidar si en el presente caso, acorde con lo expuesto en el escrito demandatorio, las Resoluciones Nros. 002164 de octubre 29 de 1982 y 002563 de diciembre 1o. del mismo año expedidas por el Instituto de Bienestar Familiar, mediante las cuales quedó retirada del servicio la doctora Cisneros de Rauch del empleo de Jefe de División 2040 grado 14 de la División de Estudios Jurídicos de la Subdirección Jurídica, por reunir las condiciones para tener derecho a disfrutar

de pensión de jubilación, no fueron expedidas conforme a derecho y ajustadas a las disposiciones que regulan esta prestación.

Como acertadamente lo anota el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de mayo 24 de 1988, constan a folios 226, 218, 214, 194 y 188 del cuaderno No. 2 del expediente, las distintas comunicaciones dirigidas a la actora por funcionarios de la entidad demandada, con el fin de que la demandante adelantara las gestiones de su pensión de jubilación.

Ya desde agosto 4 de 1980, el Jefe de la División de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, le manifestaba a la Doctora Cisneros de Rauch, su obligación de proceder a realizar las gestiones correspondiente ante la Caja Nacional de Previsión dentro de los seis meses siguientes a dicha fecha, para obtener el reconocimiento de la citada prestación.

A folio 195 del referido cuaderno, consta que la actora, en comunicación de diciembre 17 de 1980 enviada al comentado funcionario, expresaba que se encontraba solicitando a los organismos donde había prestado sus servicios, los documentos necesarios para el trámite respectivo para el reconocimiento de su pensión de jubilación.

Asimismo, casi dos años después de la comunicación aludida de agosto 4 de 1980, en julio 8 de 1982, nuevamente el Jefe de Personal de la entidad demandada, reitera a la demandante su deber de adelantar las gestiones pertinentes para el reconocimiento de su pensión de jubilación, nota en la cual se hace relación a los distintos memorandos y oficios remitidos a la Doctora Cisneros de Rauch, con dicho fin.

Así las cosas, bien podía el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ante la falta de diligencia de la demandante, como en efecto lo hizo, retirar del cargo que desempeñaba en ese instituto descentralizado a la actora, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución acusada No. 002164 de octubre 29 de 1982 y confirmada luego mediante la Resolución No. 002563 de diciembre 1o. de ese año, también impugnaba en el presente proceso, sin que fuera necesario que la entidad demandada para dicho retiro, tuviera que adelantar procedimiento administrativo distinto al que llevó a cabo, por el hecho de que la Doctora Cisneros de Rauch hubiera pertenecido a la carrera administrativa, según consta en el expediente.

De otra parte, como es de conocimiento, el artículo 120 del Decreto 1468 de 1979, no invocado por la parte actora en el libelo y aplicable al caso sub-lite, en virtud de lo estatuído en el artículo 1 ibídem, ya que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, señala la obligación al funcionario de tramitar de manera inmediata el reconocimiento de la correspondiente pensión, una vez ha sido notificado de que reune los requisitos para el retiro del servicio.

Finalmente, la Sala precisa anotar que, como consecuencia, de las declaratorias de nulidad por el Consejo de Estado del inciso tercero del artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 (sentencia de junio 4 de 1974) y del inciso segundo del artículo 120 del Decreto 1950 de 1973 (sentencia de septiembre 20 de 1982), en lo atinente a

que el retiro no podía producirse sino hasta que se efectuara el reconocimiento y pago de la pensión, no es indispensable esperar a que se ordene dicho reconocimiento para que la autoridad nominadora pueda remover al funcionario del empleo que venía ocupando, por lo que lo procedente en esta materia es dar aplicación a lo prescrito en el régimen especial vigente para la época en el "Sector Salud".

Las consideraciones planteadas por la Corporación en el caso sub-judice, son más que suficientes para que las peticiones de la parte actora no tengan vocación de prosperidad, dado que las resoluciones impugnadas como ostentan la presunción de legalidad, que implica las de regularidad y de perfección, la mantiene por no haber sido destruída en sede jurisdiccional.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de octubre de 1992.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Ausente*; Carlos A. Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Pedro Charria Angulo,* Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REAJUSTE PENSIONAL/PORCENTAJES

La Sala comparte los planteamientos hechos por el a-quo en la sentencia recurrida, según los cuales en los años de 1976 y 1977, los reajustes pensionales a que alude la ley 4 de 1976 se debieron efectuar en el caso sub-judice en un porcentaje del 15 más una suma fija de ciento ochenta pesos m/cte; para el año de 1978 en un 25 más una suma fija de trescientos noventa pesos, m/cte, y para el año de 1979 en un 5.13 más una suma fija de ciento veinte pesos m/cte. de conformidad con los criterios señalados en las circulares mencionadas por el Tribunal. Como lo ha manifestado la Corporación en otras providencias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene facultad para expedir circulares con el propósito de establecer pautas de orientación, lo mismo que otras entidades de la administración, para el mejor cumplimiento de la ley.

CONDENA EN COSTAS-Improcedencia

Según el artículo 171 del C.C.A. "En todos los procesos, con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso...". Como la Caja Nacional de Previsión no es un particular sino una entidad pública, no hay lugar a condena en costas habiendo norma especial para los procesos contenciosos administrativos, no es procedente acudir al C. de P.C.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Seccion Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 4472. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Medardo Rodriguez Avila*

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

El señor Medardo Rodríguez Avila solicitó ante el Tribunal declarar la nulidad de la resolución No. 10.057 de 11 de diciembre de 1980, expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, mediante la cual se niega al demandante el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación por las anualidades correspondientes a los períodos comprendidos entre el 1 de enero de 1976 al 31 de diciembre de 1979; asimismo del auto de 19 de julio de 1984 de la Dirección General de la citada entidad, por el cual se decide desestimar el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución (folio 16 cdno. ppal.).

Como disposiciones violadas se citan en la demanda, el artículo 1 de la ley 4 de 1976, artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 11 del decreto 2733 de 1959, artículo 40 de la ley 153 de 1887 y artículo 266 del C.C.A., por las razones que aparecen planteadas a folios 19 y 20 del cuaderno principal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, considerando que las cifras establecidas en la circular No. 11 de febrero 10 de 1978 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se refieren al reajuste que se debe llevar a cabo para el año de 1978 independiente de años anteriores y posteriores a este año, apreciación que se logra de lo dicho en la comentada circular; que para el día de hoy es fácil y posible precisar los factores de cuantificación de los reajustes, ya que año por año el citado ministerio ha determinado a través de circulares los dos factores a que hace relación el inciso 3o. del artículo 1 de la ley 4 de 1976, las cuales se vienen dictando desde el 1o. de marzo de 1981, sobre cuya juridicidad y alcance ya nada se discute; que respecto del mérito de tales circulares para incluir en la decisión administrativa que encierra la materia, el Consejo de Estado definió el alcance de aquella circular; que en el caso sub-lite se concluye que el reajuste solicitado por el actor no tiene fundamento al menos para el año de 1976, ya que para ese lapso se hizo el reajuste del 15% más una suma fija de ciento ochenta pesos, de conformidad con los movimientos salariales mínimos ocurridos en el año anterior.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (folios 113 y 119 a 121 cdno. ppal.), el apoderado del actor manifiesta su inconformidad con la sentencia recurrida, ya que en el fallo se toma como fundamento no la normatividad contenida en la ley 4 de 1976 sobre reajustes pensionales, sino circulares expedidas por vía de reglamentación de la ley por funcionario que carecen de facultad legal y cons-

titucional, para ese efecto; afirma que la sentencia es contraria a lo sostenido en jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el punto debatido y a lo dicho en el fallo de junio 7 de 1979; que las circulares proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no tienen fuerza legal, en virtud de que con ellas se pretende ejercer una potestad que no está en poder de ese organismo, como es la de la reglamentación de las leyes; que la sentencia niega la condena en costas y el pago de intereses con el argumento de que en el libelo no se citó la base legal para sustentar tales pretensiones; que no obstante en cuanto al primer aspecto, la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria laboral, han venido ordenando dicho reconocimiento basándose para tal fin en la norma contenida en el artículo 1617 del Código Civil; que con relación a la condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., que se remite al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, habrá lugar en ella para la parte vencida en el proceso, aunque no haya mediado solicitud (art. 392 del C.P.C., num. 1o.) y para todos los procesos, excepto los de nulidad, los electorales y aquellos que se sigan contra la nación, los departamentales, las intendencias, las comisarías y los municipios, que no es el caso sub-lite, puesto que la Caja Nacional de Previsión tiene el carácter de establecimiento público; que por consiguiente se solicita confirmar los numerales 1o. y 5o. de la sentencia apelada, reformar los numerales 2o. y 3o., para ajustar la liquidación de la pensión de jubilación del actor a las cifras indicadas en la demanda y en el recurso y revocar el numeral 4o. del fallo, en cuanto niega la condena al pago de los intereses y de las costas.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto opina que el fallo apelado amerita ser confirmado, pues en la sentencia se hace una interpretación muy acertada de los alcances de la ley 4a. de 1976, acorde con la cual resulta ajustada a derecho la pretensión del demandante en lo atinente a la adecuada reliquidación de su pensión de jubilación (folio 125 cdno. ppal.).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-lite* la legalidad de la resolución No. 10057 de diciembre 1 de 1980 dictada por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social (folios 2 a 4 cdno. ppal.), "Por la cual se niega una solicitud de reajuste pensional", formulada por el señor Medardo Rodríguez Avila al citado funcionario mediante escrito de julio 4 de 1980 (folios 76, 77 y 78 *ibídem*), y del auto de julio 19 de 1984 proferido por la Directora General de esa entidad (folios 5 y 6 *ibídem*) que desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra dicha resolución.

Ahora bien, la Sala comparte los planteamientos hechos por el a-quo en la sentencia recurrida, según los cuales para los años de 1976 y 1977, los reajustes pensionales a que alude la ley 4 de 1976 se debieron efectuar en el caso sub-judice

en un porcentaje del 15% más una suma fija de ciento ochenta pesos, m/cte; para el año de 1978 en un 25% más una suma fija de trescientos noventa pesos, m/cte, y para el año de 1979 en un 5.13% más una suma fija de ciento veinte pesos m/cte, de conformidad con los criterios señalados en las circulares mencionadas por el Tribunal del conocimiento en el fallo apelado.

Como lo ha manifestado la Corporación en otras providencias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tiene facultad para expedir circulares con el propósito de establecer pautas de orientación, lo mismo que otras entidades de la administración pública, para el mejor cumplimiento de la ley.

Como es de conocimiento, el referido ministerio con base en la ley 4 de 1976 venía indicando a través de circulares las fórmulas matemáticas para los reajustes pensionales, teniendo en cuenta la correspondencia en cuanto a los salarios que debían confrontarse como antiguo y nuevo a fin de establecer por este medio la cuantía de tales reajustes.

La interpretación de lo que debía entenderse por salario antiguo y salario nuevo fue objeto de controversia judicial y la sección segunda en sentencia proferida el 21 de octubre de 1980 decidió sobre la legalidad de la circular No. 011 de febrero 10 de 1978 que establecía el procedimiento de los reajustes para este año.

El Consejo de Estado determinó que el aumento debía realizarse comparando los salarios vigentes el 31 de diciembre del año anterior con el siguiente.

A folios 15, 75 y 90 del cuaderno principal obra certificación sobre sumas pagadas al demandante por el concepto de su pensión de jubilación para los años de 1976, 1977, 1978 y 1979 a las que alude igualmente la resolución impugnada No. 10057 de diciembre 11 de 1980 (folios 3 ibídem).

Allí aparece que para el año 1975 el actor recibía por concepto de la pensión de jubilación la suma de $8.867.78 pesos m/cte, cuantía a la cual debía aplicarse por concepto de reajuste pensional un porcentaje del 15% más una suma fija de ciento ochenta pesos m/cte., como lo señala el propio apoderado de la entidad demandada (folio 44 ibídem) y el Fiscal Cuarto del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (folio 58 ibídem).

Tomando, pues, como punto de partida la citada suma para aplicar los reajustes pensionales en los porcentajes a que se ha hecho referencia se concluye que la cuantía de la pensión de jubilación del demandante para los años de 1976, 1977, 1978 y 1979 debe ser:

año 1976 $10.377.95=

año 1977 $12.114.64=

año 1978 $15.533.30=

año 1979 $16.450.15=

De lo expuesto se infiere que el a-quo al aplicar las sumas y los porcentajes respectivos en los mencionados años, los liquidó en forma equivocada, por lo que la Corporación deberá modificar las cuantías señaladas sobre el particular en el punto 2o. de la parte resolutiva de la sentencia de marzo 3 de 1989, para ajustarlas a las cifras anteriormente indicadas.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas a que se hace referencia en el recurso de apelación y en el escrito demandatorio, no hay lugar a ella en el caso sub-judice puesto que según el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo "En todos los procesos, con excepción de los de nulidad y de los electorales habrá condena en costas para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso...". Como la Caja Nacional de Previsión no es un particular sino una entidad pública, no hay lugar a condena en costas habiendo norma especial para los procesos contenciosos administrativos, no es procedente acudir al C. de P.C.

En lo atinente al pago de intereses, ha sostenido la Sala que sólo están autorizados los comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que condene a la entidad pública, y moratorios después de ese término, si no se ha dado cumplimiento a la decisión judicial —artículo 177 del C.C.A.—, pero no se autorizan antes de que el asunto sea decidido por la jurisdicción.

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 3 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado por el señor Medardo Rodríguez Avila en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 10057 de 11 de diciembre de 1980 expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión y del auto de 19 de julio de 1984 dictado por la Directora General de esta entidad, con excepción del punto 2 de aquella providencia el cual quedará así:

Como consecuencia de la anterior declaración, la Caja Nacional de Previsión Social deberá reconocer al señor Medardo Rodríguez Avila el reajuste de su pensión de jubilación en las cuantías que a continuación se señalan: año de 1977, $12.114.64; año de 1978, $15.533.80; año de 1979, $16.450.15. Para el año de 1980 y siguientes, la citada entidad hará los cómputos indispensables para obtener los correspondientes reajustes, en un todo de acuerdo con la ley.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Arturo Orjuela Góngora; Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECUSACION/MULTA/PROCESO DISCIPLINARIO-Tramitación

El artículo 156 del C. de P.C. (modificado por el numeral 88 del artículo 1o. del Decreto 2282 de 1989 no contempla ningún trámite especial para la imposición de la multa al recusante, ya que simplemente basta que se declare no probada la recusación para que se haga acreedor a la sanción. Cosa distinta cuando se trata de procesos disciplinarios en donde es requisito sine qua non escuchar previamente en descargos al encargado para a continuación imponerle la sanción a que haya lugar, en el supuesto de que no desvirtúe la falta que se le imputa. Procesos a los que tal vez se refiera la providencia de la Corte que trae a colación el apoderado del actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Sala de Decisión.

Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 6276. Autoridades Departamentales. Actor: *Marcelino Bello Pachón.*

En escrito que precede, el apoderado del actor se refiere a que antes de haber sido éste condenado al pago de una multa equivalente a cinco salarios mínimos mensuales a raíz de la recusación que elevó en contra de la Magistrada Clara Forero de Castro, la cual se declaró no probada (auto 1o. de abril de 1992, fls. 90 a 92), ha debido antes ser escuchado en descargos, según una providencia de la Corte Suprema de Justicia, cuyo aparte pertinente transcribe, por lo cual solicita proveer.

SE CONSIDERA:

El artículo 156 del C. de P.C. (modificado por el numeral 88 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989) no contempla ningún trámite especial para la imposición de la multa al recusante, ya que simplemente basta que se declare no probada la recusación para que se haga acreedor a la sanción. Cosa distinta cuando se trata de procesos disciplinarios en donde es requisito sine qua non escuchar previamente en descargos al encartado para a continuación imponerle la sanción a que haya lugar, en el supuesto de que no desvirtúe la falta que se le imputa. Procesos a los que tal vez se refiera la providencia de la Corte que trae a colación el apoderado del actor.

Así las cosas resulta improcedente la petición elevada por lo que será rechazada.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

1o.- Rechazar por Improcedente la petición elevada por el apoderado del actor.

2o.- Por la Secretaría dése cumplimiento al numeral 2o. de la providencia de 3 de septiembre de 1992 (fls. 104 a 105).

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

COALICION/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD

El artículo 61 de la Ley en mención, prevé que "cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la acción por un plazo no mayor de sesenta días. El demandante tuvo conocimiento de la supresión de la Contraloría Municipal donde laboraba el 31 de julio de 1991. Presentó solicitud de audiencia de conciliación el 18 de noviembre de 1991 fecha en la cual se suspendió el término. La demanda ante lo contencioso administrativo fue presentada el 19 de diciembre de 1991, dentro de ese plazo de suspensión de 60 días, de lo cual se deduce que no había caducado; sólo que el Tribunal no tuvo conocimiento oportuno de esos hechos y confrontando las fechas su decisión no podía ser diferente a la que adoptó.

DEMANDA-Requisitos/INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

El Acuerdo No. 062 de julio de 1991, por el cual el Concejo Municipal suprimió la Contraloría, aún cuando se trata de un acto de carácter general e impersonal, es evidente que implica para los servidores de la Contraloría su automática desvinculación laboral. Pero como el actor acusa también los actos del Alcalde de Rionegro por los cuales citó al Concejo a sesiones extraordinarias, respecto de tales actos si no le era permitido ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por carecer de interés jurídico. Unicamente cabe contra esos decretos la acción de nulidad, que no puede ser acumulada a la nulidad y restablecimiento del derecho, por tener características y finalidades diferentes. Mientras la de nulidad busca únicamente el restablecimiento del orden jurídico supuestamente quebrantado, la de nulidad y restablecimiento del derecho persigue además la satisfacción de un derecho individual. Ha debido el actor solicitar más bien la inaplicabilidad de los decretos del Alcalde en este caso concreto, si los consideraba contrarios

a normas superiores: mas no pedir su nulidad en una acción como la que ha ejercitado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 7045. Apelación Interlocutorios. Actor: *Alvaro Gil Chica*

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por el señor Alvaro Gil Chica contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de marzo de 1992 y mediante el cual se inadmitió la demanda por él presentada.

El Tribunal inadmitió la demanda por haberse operado el fenómeno de la caducidad, tomando en cuenta la fecha en que el actor tuvo conocimiento de la supresión de la entidad donde laboraba, el día 31 de julio de 1991, y la fecha de la presentación de la demanda, diciembre 19 del mismo año, ya que transcurrieron más de cuatro meses, término previsto para esta clase de acción por el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A.

En la sustentación del recurso el apelante sostiene que en fecha noviembre 18 de 1991 presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Fiscalía Segunda de ese Tribunal; que calificada la solicitud se celebró audiencia de conciliación el 10 de diciembre de 1991, y por tanto de acuerdo con el artículo 61 de la Ley 23 de 1991 esta solicitud interrumpe el término de caducidad de la acción; así mismo presentó solicitud de adición de la demanda en este sentido con los correspondientes anexos.

Para decidir se considera:

En el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 se contempló la posibilidad de conciliar en las etapas prejudicial o judicial sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ventilaran mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

El artículo 61 de la Ley en mención, prevé que "cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la acción por un plazo no mayor de sesenta (60) días".

En el presente caso el demandante tuvo conocimiento de la supresión de la Contraloría Municipal donde laboraba, el 31 de julio de 1991. Presentó solicitud de audiencia de conciliación el 18 de noviembre de 1991 fecha en la cual se suspendió el término. La demanda ante lo contencioso administrativo fue presentada el 19 de diciembre de 1991, dentro de ese plazo de suspensión de 60 días, de lo

cual se deduce que no había caducado; sólo que, el Tribunal no tuvo conocimiento oportuno de esos hechos y confrontando las fechas su decisión no podía ser diferentes a la que adoptó.

Establecido en la segunda instancia que en verdad la acción no estaba caducada, debe la Sala examinar si se cumplen los demás presupuestos procesales, para decidir si el auto apelado debe revocarse o confirmarse, aun cuando por razones diferentes.

Afirma el accionante que como consecuencia de la supresión de la Contraloría Municipal de Rionegro, fue separado del cargo de Revisor de Cuentas Grado 15A.

Por esa razón debe admitirse su legítimo interés para demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el Acuerdo No. 062 de 26 de julio de 1991, por el cual el Concejo municipal suprimió la Contraloría.

Aun cuando se trata de un acto de carácter general e impersonal, es evidente que implica para los servidores de la Contraloría su automática desvinculación laboral.

Pero como el actor acusa también los actos del Alcalde de Rionegro por los cuales citó al Concejo a sesiones extraordinarias, respecto de tales actos sí no le era permitido ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por carecer de interés jurídico.

Unicamente cabe contra esos decretos la acción de nulidad, que no puede ser acumulada a la de nulidad y restablecimiento del derecho, por tener características y finalidades diferentes.

Mientras la de nulidad busca únicamente el restablecimiento del orden jurídico supuestamente quebrantado, la de nulidad y restablecimiento del derecho persigue además la satisfacción de un derecho individual.

Ha debido el señor Gil Chica solicitar mas bien la inaplicabilidad de los decretos del Alcalde en este caso concreto, si los consideraba contrarios a normas superiores; mas no pedir su nulidad en una acción como la que ha ejercitado.

Presentándose en esta demanda una indebida acumulación de acciones, el auto inadmisorio del Tribunal debe ser confirmado aun cuando por razones diferentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 6 de marzo de 1992, por el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda presentada por el señor Alvaro Gil Chica.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 29 de octubre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

El que para la fecha de la admisión de la demanda, ya hubiesen variado las reglas de competencia, que regían al momento de presentación de la misma (agosto 10 de 1984, cuando ya estaba en vigencia el Decreto 01 de 1984), tal circunstancia no debe afectar al asunto cuya demanda se debió presentar, cumpliendo los requisitos que disponían las normas imperantes al momento de introducción del libelo demandatorio. Esta interpretación le impone la seguridad jurídica.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre 9 de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 7162. Actor: *Jaime Alfonso Sanabria Y Otro*

Decide la Sala el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de julio 31 de 1992.

EL AUTO SUPLICADO:

Mediante la providencia materia del recurso de súplica, se dispuso:

> Presentada la demanda el 13 de febrero de 1984 y admitida por auto de agosto 10 de 1984, cuando ya regía el Decreto 01 de 1984 que determinó la cuantía de los procesos contenciosos laborales en que se controvierten actos de retiro del servicio por el valor de la asignación mensual del cargo y siendo ésta, según certificaciones que obran a folios 80 y 82 del expediente, inferior a $50.000.oo, debe concluírse que el negocio era de competencia del Tribunal en única instancia.

En consecuencia y de acuerdo con el artículo 131 numeral 6o., literal b), **inadmítese** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Declárase ejecutoriada la sentencia de 2 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FUNDAMENTO DE LA SUPLICA:

El recurso tiene por objeto que la providencia suplicada se revoque y en su lugar se disponga el trámite de la segunda instancia, solicitud que hace con fundamento en las siguientes razones:

a) La demanda fue presentada el 13 de febrero de 1984.

b) Las reglas de competencia vigentes para la fecha de presentación de la demanda, disponían que los Tribunales Administrativos conocían en primera instancia de las acciones de plena jurisdicción (hoy restablecimiento del derecho de carácter laboral), en los cuales se controviertan actos del orden nacional, cuya cuantía fuera inferior a $50.000.oo (Decreto 528 de 1964, art. 32, numeral 2o., literal a).

c) Por ser el asunto de dos instancias, fue que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió el recurso de apelación.

d) Invoca los artículos 136 y 143 del C.C.A., a los cuales no se referirá la Sala en esta providencia, por contener aspectos relacionados con otras materias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Mediante la demanda de la referencia, se pretende la nulidad de las Resoluciones 4105 y 4106 de agosto 18 de 1983, expedidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante las cuales, por la primera destituyó al señor JAIME ALFONSO SANABRIA BARON, del cargo de Teniente de Aduanas 5055-20 de la Subdirección de Resguardo de la Dirección General de Aduanas y por la segunda, igualmente destituyó al señor RAMIRO BENAVIDES PARRA, del cargo de Teniente de Aduanas 5055-20 de la Subdirección de Resguardo de la Dirección General de Aduanas.

2) La demanda fue presentada el 13 de febrero de 1984 (fl. 19).

3) Se trata pues de un proceso en el cual se controvierten actos del orden nacional, cuya cuantía de la acción, la estimó el actor en la demanda en $770.000.oo (fl. 16).

4) Para la fecha de presentación de la demanda, la regla de competencia para el conocimiento de estos asuntos, estaba señalada en el numeral 2o., literales a) del artículo 32 del Decreto 528 de 1964, en los siguientes términos:

Artículo 32.- Los Tribunales Administrativos conocen:

...

2) En primera instancia:

a) De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional y cuya cuantía sea inferior a cincuenta mil pesos.

5) Esta cuantía fue aumentada, por el artículo 12 de la Ley 22 de 1977, en los siguientes términos:

> **Artículo 12.-** Auméntase a tres veces el monto de las cuantías que actualmente señala la ley para efectos de fijar, por razón de dicho factor, la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en los negocios de su competencia.

6) Los anteriores elementos de juicio permiten a la Sala afirmar que para la fecha de presentación de esta demanda, al asunto le correspondía el trámite de dos instancias.

7) El que para la fecha de admisión de la demanda, ya hubiesen variado las reglas de competencia, que regían al momento de presentación de la misma (agosto 10 de 1984, cuando ya estaba en vigencia el Decreto 01 de 1984), tal circunstancia no debe afectar al asunto cuya demanda se debió presentar, cumpliendo los requisitos que disponían las normas imperantes al momento de introducción del libelo demandatorio. Esta interpretación la impone la seguridad jurídica.

8) La Sala Plena de la Corporación, en providencia de febrero 20 de 1990, dictada dentro del expediente R-012, actor: LUIS ALBERTO VALENCIA PEREA, con ponencia del Consejero doctor JAIME ABELLA ZARATE, que cita el recurrente, y que en fotocopia informal adjunta al recurso, decidió que en materia de competencia, esta se conservaba desde el principio del proceso, hasta su culminación. En lo pertinente se dijo:

> No obstante, para la Sala, el problema que formal y aparentemente se refiere a un caso de competencia subjetiva, en el fondo también conlleva el estar involucrado el principio de las dos instancias que se rige a manera de norma general (art. 2o. del Código de Procedimiento Civil) y que caracteriza a nuestros problemas judiciales. Este principio, de raigambre democrática, como se sabe, va contra la concentración de poder en un solo juez y persiguen en el caso especial de esta jurisdicción el doble papel de buscar una decisión más justa cuando es adversa la del primer juez y la defensa de las entidades públicas, mediante el grado de consulta de las sentencias adversas a ellas. Uno de los efectos de esta perspectiva, es la de que normas que regulan la competencia deben considerarse de trascendencia más amplia que las que se refieren al simple trámite de los procesos. Esto es, que hay algo más sustancial, cual es el derecho del actor a someter su caso al examen de dos jueces en vez de uno y en el de las entidades públicas, que las condenas a su cargo sean revisadas por el superior. Son

estos derechos que se adquieren al iniciarse el proceso y que no están exceptuados ni menguados por el Art. 40 de la Ley 153/87 que consagra la prevalencia de la nueva ley en materia de "sustanciación y ritualidad de los juicios".

Síguese de ahí que el principio en materia de competencia es de la conservación de la adquirida bajo la ley anterior que de antaño es conocido como "perpetuatio jurisdiccionis" y que está fundado implícitamente en el general que en materia de tránsito de legislación consagran los arts. 20-26-28-38-39 y 41 de la citada ley 153 de 1887...

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE el auto de julio 31 de 1992, mediante el cual se inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 2 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- En su lugar, se dispone que al proceso se le imprima el trámite de la segunda instancia.

Cópiese y notifíquese

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

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Requisitos/**INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES**

Si bien es cierto la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para juzgar la legalidad de las resoluciones acusadas, proferidas por funcionarios del Ministerio de Trabajo, no lo es para condenar a personas privadas ni para decidir puntos de derecho que, como bien se afirma en el libelo, corresponde su conocimiento a la Justicia Ordinaria Laboral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. del C. de P.L.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 3200. Resoluciones Ministeriales. Actor: *Sindicato de Trabajadores de Clubes Sociales, Deportivos y Recreativos del Departamento del Atlántico.*

El Sindicato de Trabajadores de Clubes Sociales, Deportivos y Recreativos del Departamento del Atlántico, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita al Consejo de Estado hacer las siguientes declaraciones:

> "... la nulidad del acto complejo citado en la referencia, o sean las Resoluciones 0105 de octubre 8 de 1986 y 0108 de agosto 20 de 1987, expedidas por los funcionarios del Ministerio del Trabajo, Inspector Nacional de Relaciones Colectivas, (la primera) y Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas (la segunda) ambos funcionarios de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico".
>
> "A título de restablecimiento del derecho se solicite *que el H. Consejo de Estado ordene a la Empresa Country Club de Barranquilla a efectuar los*

> *descuentos de las cuotas ordinarias mensuales* a todos los trabajadores, sin distinción alguna que se beneficien de la convención colectiva vigente suscrita entre el sindicato de Trabajadores de Clubes Sociales, Deportivos y Recreativos del Departamento del Atlántico, aunque sean afiliados a otro u otros sindicatos, de conformidad con lo establecido en el numeral 2o. del artículo 39 del Decreto-ley 2351 de 1965 y el numeral 2o. del artículo 12 del Decreto 1373 de 1966, *y que tales descuentos sean entregados al Tesoro del Sindicato referido*". (Subrayado fuera del texto).

Al cumplir con el requisito de señalar las partes, el libelo indica como demandante al Sindicato mencionado, y como demandada, la Nación representada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y por la Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, y la Corporación Country Club de Barranquilla representada por su Gerente.

Tanto las pretensiones transcritas como el señalamiento de las partes, indican a la Sala que se ha incurrido en una indebida acumulación de pretensiones.

En efecto, si bien es cierto la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para juzgar la legalidad de las resoluciones acusadas, proferidas por funcionarios del Ministerio del Trabajo, no lo es para condenar a personas privadas ni para decidir puntos de derecho que, como bien se afirma en el libelo, corresponde su conocimiento a la Justicia Ordinaria Laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral.

Dice en cuanto a este punto la parte demandante al explicar el concepto de la violación de las normas que invoca:

> "...a los funcionarios del Ministerio les está prohibido definir derechos, según lo determina el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965, y en las Resoluciones acusadas se están definiendo derechos que corresponden a la Justicia Laboral según el artículo 2o. del C.P.L., todo lo cual está de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional que establece el principio de la separación de los poderes del Estado".

Si el Ministerio del Trabajo no tenía competencia para definir a cuáles trabajadores se les debía efectuar descuentos de cuotas ordinarias, y a cuáles no, con destino al Sindicato demandante, según su propia opinión antes transcrita, tampoco la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente puesto que se trata de un conflicto entre dos personas privadas: la Empresa Country Club de Barranquilla y el Sindicato de Trabajadores de Clubes Sociales, Deportivos y Recreativos del Departamento del Atlántico.

En resumen, no siendo esta Jurisdicción competente para conocer de todas las pretensiones, falta uno de los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil para que sean acumulables.

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

FALLA:

Declárase inhibida la Sala para hacer un pronunciamiento de fondo, por indebida acumulación de pretensiones.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 5 de noviembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/RECURSO DE APELACION-Improcedencia

Como no aparece que la petición suscrita por el apoderado del actor, dirigida al señor Ministro de Educación Nacional haya sido resuelta, mediante acto debidamente notificado, es evidente que se operó ese silencio. Una vez ocurrido el silencio administrativo negativo, el interesado podía acudir directamente al contencioso puesto que contra ese acto ficto no procedía el recurso de apelación, ya que los actos proferidos por un ministro no son apelables, y el recurso de reposición no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, conforme a lo establecido en los artículos 50 y 51 del Decreto 01 de 1984 o C.C.A.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 4578. Resoluciones Ministeriales. Actor: *Roberto Durán Ariza*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de julio de 1989 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Roberto Durán Ariza pidió al Tribunal declarar operado el silencio

administrativo sobre la petición formulada al Ministerio de Educación Nacional el 11 de marzo de 1985. Como consecuencia, solicitó ser restablecido, en su derecho "...al pago del Subsidio Familiar que corresponda a mi poderdante, por cada una de las personas a cargo, con la retroactividad de Ley o sean tres años hacia atrás desde la fecha en que se hizo la solicitud para agotar la vía gubernativa y hasta que su pago se haga por conducto de una Caja de Compensación Familiar".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal se declaró inhibido para conocer de fondo. Argumentó al efecto que no se agotó la vía gubernativa puesto que no se hizo uso del derecho consagrado en el artículo 40 del C.C.A., según el cual "...podría interponer el recurso de reposición o apelación, según el caso, contra esa determinación que se entendía como negada, para que la administración corrigiera su acto administrativo, si lo consideraba pertinente, requisito éste con el que no cumplió aquí la o el (sic) demandante..." (folios 54-55). Agrega que tampoco se dejó transcurrir el término de 2 meses a partir de la interposición de los recursos para entender así operado el silencio administrativo negativo, y que en este caso la administración no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las peticiones formuladas.

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Sostiene que la sentencia carece de lógica jurídica; que según el artículo 40 C.C.A., tres meses después de la petición se produjo el silencio administrativo; que por razón del silencio no se pudo cumplir lo establecido en el artículo 47 del C.C.A. sobre recursos y plazos para interponerlos; que según el artículo 50 del C.C.A., contra el acto de un ministro no cabe apelación y que conforme al artículo 51 del mismo estatuto los recursos de reposición y de queja no son obligatorios; que por ello, de acuerdo con el artículo 63 C.C.A. en este caso "el silencio administrativo del Ministro" quedó en firme y el actor podía ocurrir ante el contencioso administrativo.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto de la Corporación estima que por no haberse agotado la vía gubernativa, la sentencia inhibitoria debe confirmarse, y dice: "En el *sub lite* la parte actora simplemente presentó, se reitera, el 11 de marzo de 1985, una petición al Ministro de Educación Nacional, con relación a la cual éste guardó silencio. Sin embargo, contra tal acto presunto no se interpuso ningún recurso, por lo que no se cumplió con los supuestos fácticos previstos en el artículo 135-3 (...) para que le fuera dable al interesado entrar a demandar ante la jurisdicción contenciosa" (folio 67, cd. 1).

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

Lo primero que se observa la Sala es que el silencio administrativo que se pide sea declarado, realmente se configuró.

En efecto, a folios y ss. del cuaderno principal, obra fotocopia de una petición suscrita por el apoderado del actor, dirigida al señor Ministro de Educación Nacional y radicada el 11 de marzo de 1985. Como no aparece que esa solicitud haya sido resuelta, mediante acto debidamente notificado, es evidente que se operó ese silencio.

Una vez ocurrido el silencio administrativo negativo, el interesado podía acudir directamente al contencioso puesto que contra ese acto ficto no procedía el recurso de apelación, ya que los actos proferidos por un ministro no son apelables, y el recurso de reposición no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, conforme a lo establecido en los artículos 50 y 51 del Decreto 01 de 1984 o C.C.A.

Conforme a lo anterior no ha debido proferirse fallo inhibitorio por falta de este presupuesto procesal.

Ahora bien, la pretensión tercera de la demanda dice: "Condenar a la Nación —MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL— al pago del Subsidio Familiar que corresponda a mi poderdante, por cada una de las personas a cargo, con la retroactividad de ley o sean tres años hacia atrás desde la fecha en que se hizo la solicitud para agotar la vía gubernativa y hasta que su pago se haga por conducto de una caja de Compensación Familiar" (folio 5, cd. 1).

Como en la contestación de la demanda la entidad demandada propuso la excepción de pago (folio 20, cd. 1), es preciso dilucidar si efectivamente se configura, o no, tal excepción.

En atención a auto para mejor proveer de agosto 11 de 1992 (folio 69, cd. 1) han sido traídos al proceso documentos que prueban que, en efecto, los pagos que pretende el actor por concepto de subsidio familiar ya le fueron hechos.

Por Resolución 500 (agosto 10) de 1990, la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Boyacá reconoció y ordenó pagar al apoderado judicial del demandante y de otros docentes de planteles nacionales el retroactivo del subsidio familiar por los años 1983, 1984 y 1985 (folios 97-98).

El subsidio correspondiente al año de 1982, a su turno, le fue reconocido y pagado al señor Roberto Durán Ariza, también por intermedio de su abogado, según Resolución 0053 (marzo 7) de 1991, de la misma Junta Administradora del FER de Boyacá (folios 100-101).

Esos pagos aparecen certificados por la señora Tesorera del FER Boyacá según se observa a folio 102.

Por otra parte, al reiterar que al demandante ya se le canceló el subsidio familiar correspondiente a 1982, 1983, 1984 y 1985, la Delegada Permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el FER de Boyacá, afirma: "Por nómina se

canceló la suma de $35.250.oo pesos, en el mes de mayo de 1988 y *que corresponden al año de 1986. A la fecha no se le adeuda por este concepto nada al Educador Roberto Durán Ariza*" (Subrayas de la Sala).

Esa comunicación, dirigida al Consejo de Estado, tiene fecha septiembre 2 de 1992 (folios 105-106).

Sumado a lo anterior, está acreditado que a partir de 1986 el pago del subsidio familiar al demandante se hizo a través de la Caja de Compensación Familiar de Boyacá —COMFABOY— (FOLIO 111), pago expresamente reconocido por el señor Durán Ariza cuando en declaración autenticada ante notario (folio 110) advierte: "... a partir del día 5 de diciembre de 1986, fecha en la cual me afilié como beneficiario a COMFABOY, recibí la prestación social del Subsidio Familiar en efectivo, tiempo durante el cual tuve derecho, de acuerdo al artículo 20 de la Ley 21 de 1982 y que *no tengo ningún tipo (sic) de reclamación al respecto contra COMFABOY*". Esta manifestación, con subrayas de la Sala, está fechada el 30 de septiembre de 1992.

Aparece, pues, plenamente probada la excepción de pago propuesta por la parte demandada y sobre ello se proveerá enseguida.

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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 19 de julio de 1989 dentro del proceso iniciado por Roberto Durán Ariza. En su lugar se dispone:

Declárase configurado el silencio administrativo negativo con respecto a la petición formulada por el señor Roberto Durán Ariza al Ministerio de Educación Nacional el día 11 de marzo de 1985.

Declárase probada la excepción de pago, propuesta en este proceso por la parte demandada.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 5 de noviembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECURSO DE REVISION-Improcedencia/**CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL**-Improcedencia

El recurso de revisión interpuesto no era procedente, pues, a términos del Artículo 130 del C.C.A. de él conocen las Secciones de esta Sala respecto de las sentencias proferidas por los Tribunales en única instancia. Carece la Sección entonces de competencia funcional para conocer del recurso de revisión interpuesto contra una sentencia de primera instancia proferida por un Tribunal Administrativo, vicio que por mandato del artículo 144, in fine, no es saneable, debiendo ser declarada la nulidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Ref: Expediente No. 4818 R. Revisión. ACTOR: *Marco Aurelio Escallon E.*

Al entrar a proyectar la providencia para que la Sección Segunda resolviera el recurso de revisión, observa el Magistrado ponente:

1. Cuando se presentó la demanda que originó la sentencia objeto del recurso, el 10 de diciembre de 1982 (fl. 11 cuaderno del Tribunal), dijo la parte demandante que la cuantía era inferior a $150.000.oo, teniendo en cuenta lo dispuesto en los decretos 528 de 1964, 2061 de 1966 y la ley 22 de 1977.

2. Dicha afirmación era cierta, por cuanto el valor de lo pretendido hasta la presentación de la demanda, desde la vinculación del demandante (11 de agosto de 1982 (fl. 2, cuaderno ídem) quien devengaba un sueldo de $14.600.oo mensuales y una prima de antigüedad de $3.064.32 (fl. 105 cuaderno idem) efectivamente es inferior a $150.000.oo

3. Conforme a las disposiciones de la normatividad arriba indicadas, la cuantía dicha determinaba que el proceso, por tratarse de un acto administrativo del orden nacional, fuera conocido por el respectivo Tribunal en primera instancia.

4. La circunstancia de que estando en trámite el proceso se hubiera expedido el actual C.C.A., con otras reglas de competencia, entre ellas, la de que los Tribunales administrativos conocieran en única instancia de los procesos por desvinculación de funcionarios cuando la asignación correspondiente al cargo no superare los $50.000.oo mensuales, no significa que la competencia de primera instancia se hubiera convertido en competencia de única instancia.

5. Este despacho ha sostenido que de conformidad con el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las leyes que prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, son las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios; vale decir, las procesales, formales o instrumentales; mas no las sustanciales, como las de competencia, que por su naturaleza no establecen formalidad o ritualidad alguna, ni rigen la sustanciación de los procesos (ver auto de 3 de agosto de 1989, expediente 901).

6. También ha tenido en cuenta este despacho que el anterior criterio coincide con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que las normas sobre jurisdicción y competencia son sustantivas (cas., 8 de octubre de 1938, Gaceta Judicial ILVII, pag. 258).

7. Como consecuencia de todo lo anterior se concluye que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de octubre de 1987 no tenía fuerza de única instancia, sino de primera y, por ende, el recurso de revisión interpuesto no era procedente, pues, a términos del Artículo 130 del C.C.A. de él conocen las Secciones de esta Sala respecto de las sentencias proferidas por los Tribunales en única instancia.

8. Carece la Sección, entonces, de competencia funcional para conocer del recurso de revisión interpuesto contra una sentencia de primera instancia proferida por un Tribunal Administrativo, vicio que por mandato del Artículo 144, in fine, no es saneable, debiendo ser declarada la nulidad por el Magistrado ponente, con fundamento en el artículo siguiente.

POR LO EXPUESTO, SE DISPONE:

1o. Declárase nulo todo lo actuado en el recurso extraordinario de revisión interpuesto por MARCO AURELIO ESCALLON ESTUPIÑAN contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de octubre de 1987.

2o. Cancélese la póliza de seguros de folio 65.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el cuaderno del Tribunal y archívense los expedientes de los recursos de anulación y revisión.

Joaquin Barreto Ruiz,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/SERVICIO SECCIONAL DE SALUD/JEFE DE SERVICIO/COMPETENCIA

Cuando se profirió la Resolución el actor no gozaba de período fijo, ni se encontraba inscrito el régimen de carrera; esto es, que en el expediente no consta que estuviese amparado por un fuero especial de inamovilidad. Tiene sentado la doctrina que la presunción de legalidad que le sirve de apoyo a los actos administrativos, engendra la idea inicial de que el acto de remoción en casos como el presente persigue el mejoramiento del servicio o lo que es lo mismo, que ha sido dictado en aras de las necesidades del buen servicio de la Administración Pública. O sea, que es realmente bajo el respaldo de esta presunción como se estructura la denominada "facultad discrecional de remoción" de que goza la entidad oficial nominadora. Además, el Jefe del Servicio Seccional de Salud compete la administración de personal del Servicio, con base en el artículo 5o. del Decreto No. 0350 de 1975, que señaló entre sus funciones la de "nombrar el personal de la sede del Servicio de acuerdo con el estatuto del personal de salud". Y el artículo 111 del Decreto Reglamentario 1468 de 1979 expresa que la declaración de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la entidad nominadora, es decir, en este caso, al Jefe del Servicio Seccional de Salud.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora*

Ref: Expediente No. 622. APELACION SENTENCIA. Actor: *Roger de Jesús Peña Gómez*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de diciembre 17 de 1985 proferida por el Tribunal Administrativa de Córdoba en el proceso incoado por ROGER DE JESUS PEÑA GOMEZ en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 04014 de diciembre 27 de 1984, expe-

dida por el Jefe de Servicios de Salud del Departamento de Córdoba y mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Veterinario de la División de Saneamiento Ambiental.

Como restablecimiento del derecho, el demandante pidió ser reintegrado el empleo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría con el pago de los emolumentos dejados de percibir y declarar que para efectos de las prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad. (fl. 1).

En el fallo del A-Quo no se accede a las pretensiones de la demanda, pues el actor no demostró en el proceso que era "empleado de mérito", es decir, Técnico del Servicio de Salud; que en el libelo se afirma que la persona designada en reemplazo del demandante no reunía los requisitos para desempeñar el cargo, afirmación que tampoco se demostró en caso *sub-lite*; que al señor Peña Gómez no le es aplicable el Decreto Ordenanzal No. 00892 de 1975 sino el artículo 9 del contrato de integración del Servicio de Salud; que, no obstante una certificación del Ministerio de Salud en donde no aparece la aprobación de la declaración de insubsistencia del nombramiento, es por razón de que no se encuentra dato sobre dicho acto administrativo en el citado ministerio; que para que esa prueba pudiera ser apreciada favorablemente era indispensable demostrar que el actor era médico-veterinario (fls. 34 a 37).

En el escrito contentivo del recurso de apelación contra la sentencia de diciembre 17 de 1985 dictada por el A-Quo, la parte actora manifiesta que, desde que la administración produjo el acto administrativo impugnado, es por razón de que el demandante estaba vinculado a los Servicios de Salud del Departamento de Córdoba; que, si se examina con detenimiento el expediente, se encuentra el contrato de integración aludido en el fallo y que constituye una prueba fundamental para demostrar que los actos proferidos por el Jefe de Salud de la comentada entidad territorial deben llevar la firma de este funcionario, del gobernador del departamento y la previa aprobación del Ministerio de Salud; que los actos expedidos por el Jefe de los Servicios de Salud son de carácter departamental, pues estas dependencias pertenecen a tal nivel de la administración; que la resolución acusada no tiene las firmas del gobernador del departamento ni la previa aprobación del Ministerio de Salud, infringiéndose así lo estatuido en el Decreto Ordenanzal No. 00892 de julio 21 de 1975 y del acta adicional del contrato de integración del Servicio de Salud; que si en este asunto se observó que faltaba el acto que sirvió de fundamento para denegar las súplicas del libelo, se debió oficiar al Jefe del Servicio de Salud para que se remitiera el acta de posesión, a fin de evitar cualquier duda que pudiera presentarse respecto del vínculo laboral existente entre el demandante y la administración, puesto que es deber del funcionario judicial pedir oficiosamente las pruebas en procesos de esta naturaleza, conforme al artículo 169 del Código Contencioso Administrativo. (fls. 43 y 44).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de noviembre 30 de 1989 estima que el fallo apelado debe ser confirmado. (fls. 71 a 74).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el caso *sub-lite* se trata de definir la legalidad de la Resolución No. 04014 de 27 de diciembre de 1984 dictada por el Jefe de los Servicios de Salud del Departamento de Córdoba, y mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Veterinario de la División de Saneamiento Ambiental.

Como es sabido, el libelo de demanda circunscribe el marco dentro del cual se mueve el Juez para determinar la legalidad del acto acusado; así mismo, el escrito mediante el cual se sustenta el recurso de alzada delimita los motivos de inconformidad respecto de la sentencia impugnada que debe estudiar el A-Quem para modificar, revocar o confirmar la decisión del A-Quo. Por tanto, al desatar la apelación en este caso, la Sala se referirá solamente a los planteamientos que en tal sentencia propuso el recurrente al sustentarla.

Cuando se profirió la Resolución en comento el actor no gozaba de período fijo, ni se encontraba inscrito en régimen de carrera; esto es, que en el expediente no consta que estuviese amparado por un fuero especial de inamovilidad.

Tiene sentado la doctrina que la presunción de legalidad que le sirve de apoyo a los actos administrativos, engendra la idea inicial de que el acto de remoción en casos como el presente persigue el mejoramiento del servicio, o lo que es lo mismo, que ha sido dictado en aras de las necesidades del buen servicio de la Administración Pública. O sea, que es realmente bajo el respaldo de esta presunción como se estructura la denominada "facultad discrecional de remoción" de que goza la entidad oficial nominadora.

Por ello, en lo que toca con la supuesta infracción del Decreto Departamental No. 00892 de 1975, porque la declaración de insubsistencia del nombramiento del demandante no lleva la firma del señor Gobernador del Departamento de Córdoba, debe observarse que al folio 62 del cuaderno principal consta el acto administrativo mencionado, que fue suscrito y refrendado por dicho funcionario, como lo hace notar la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo (folio 72), y lo pone de presente el Jefe del Servicio Seccional de Salud de la entidad territorial citada en oficio del 5 de marzo de 1989 (fol. 63).

De otra parte, el artículo 11 del Decreto Departamental traído a colación por el actor, expresa:

> "ARTICULO 11.- DEL GOBIERNO DEPARTAMENTAL. El Gobierno Departamental lo constituyen el Gobernador y el Secretario del ramo en cada caso, en consecuencia ningún acto administrativo tendrá valor jurídico alguno sin las respectivas firmas.
>
> PARAGRAFO.- De la disposición anterior se exceptúan los actos administrativos que competen exclusivamente al Gobernador, o emanan de su despacho".

Y el artículo 10:

"El Servicio Seccional de Salud continuará funcionando de conformidad con el contrato celebrado entre el Gobierno Departamental y el Ministerio de Salud Pública, mientras se adelantan los estudios de reorganización en cumplimiento de las autorizaciones dadas al Gobernador por la Ordenanza Número 1o. de 1975".

De estos textos se infiere que el Decreto No. 000892 de 1975 le da un tratamiento especial al Servicio Seccional de Córdoba, al otorgarle la facultad de regirse por el contrato de integración.

Además, al Jefe del Servicio Seccional de Salud compete la administración del personal del Servicio, con base en el artículo 5 del Decreto No. 0350 de 1975, que señaló entre sus funciones la de "nombrar el personal de la sede del Servicio de acuerdo con el estatuto del personal de salud". Y el artículo 111 del Decreto Reglamentario 1468 de 1979 expresa que la declaración de insubsistencia de un nombramiento corresponde a la entidad nominadora, es decir, en este caso, al Jefe del Servicio Seccional de Salud.

Finalmente, en lo que concierne a la aprobación del Ministerio de Salud para el retiro del servicio, si bien el oficio de 26 de septiembre de 1985 suscrito por el Jefe de la Sección de Correspondencia y Archivo de dicho organismo expresa que "no se encontró documento alguno de la Resolución aprobatoria de la declaratoria de insubsistencia del señor Roger de Jesús Peña Gómez; y la aprobación del nombramiento de la señora Lissy Padrón Caldera Gómez" ...esta insubsistencia y nombramiento fueron directamente por el Servicio Seccional de Salud de ese Departamento; según información del señor Antonio Sánchez, Jefe de Personal de esa Seccional", no obra en el expediente el contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y el Departamento de Córdoba en que apoya el accionante su alegación a este respecto.

En este contexto, asiste la razón a la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado cuando en su concepto afirma que "en lo que toca con la presunta violación del parágrafo 2o. de la Cláusula Novena del Contrato celebrado entre la Nación (Ministerio de Salud) y el Departamento y la Lotería de Córdoba para la constitución, integración y funcionamiento del Servicio Seccional de Salud, bastaría con señalar que el libelista omitió dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 141 del C.C.A., pues no acompañó copia, ni auténtica ni formal, del referido contrato, desvirtuándose así lo dicho por éste en la sustentación del recurso de apelación (fl. 43)". (fl. 73).

Dados estos presupuestos resulta procedente confirmar 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:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el diecisiete (17) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en el proceso incoado por ROGER DE JESUS PEÑA GOMEZ en orden a obtener la nulidad de la Resolución No. 04014 de 27 de diciembre de 1984, expedida por el Servicio de Salud del citado departamento, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Veterinario de la División de Saneamiento Ambiental.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 22 de octubre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REVISION DE SENTENCIAS/CAUSALES

Advierte la Sala, que evidentemente, con excepción de la hipótesis negativa al reconocimiento de la causal 3a. del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, todas las demás causales de revisión suponen que la sentencia objeto de la acción contiene en contra del tesoro público una condena por una suma periódica de dinero, como lo establece el artículo 164 ibídem y, por ello, su criterio coincide con el de la Sala Plena, pues, los casos en que una sentencia puede revisarse debe establecerlos la ley y tratándose de una excepción a la cosa juzgada, su interpretación no puede ser extensiva para crear otros en contra de los expresos mandatos de la ley.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 1212-7947. PENSIONES Y RECOMPENSAS. ACTOR: *Alejandro Gutiérrez Loaiza*

ALEJANDRO GUTIERREZ LOAIZA, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 164 de la ley 167 de 1941, solicitó la revisión de la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Sala el 21 de noviembre de 1979, con apoyo en la causal 6a. del artículo 165 de aquella ley, por mala o errónea aplicación de la ley, para que en su lugar se reconozca al actor pensión de invalidez por cuenta de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

Se plantearon los siguientes hechos:

"1.1.- Alejandro Gutiérrez Loaiza estando al servicio del Ministerio de Defensa Nacional presentó y así le fue diagnosticada una lesión de demencia post-trau-

mática en accidente que había sufrido como conductor, habiendo servido entre el 1o. de agosto de 1971 al 1o. de abril de 1974 en que fue retirado del servicio por incapacidad laboral del 30%, que le fue determinada mediante actas médicas de la Sanidad Militar, sin pensión de invalidez, por ser el índice o porcentaje de incapacidad inferior al 75%.

1.2.- El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 15 de julio de 1977 no aceptó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se le negó al actor, pensión de invalidez, ni modificó el porcentaje de incapacidad laboral, en razón de que el presupuesto de demanda tenía como fundamento la jurisprudencia de esa época de que la privación del empleo por incapacidad laboral causaba derecho a pensión de invalidez.

1.3.- El H. Consejo de Estado, Sección 2a. habiéndose producido dictamen pericial no objetado por las partes, de que Alejandro Gutiérrez Loaiza padecía con anterioridad grave lesión psicótica de demencia traumática, con incapacidad laboral del 100%, confirmó la sentencia del 15 de julio de 1977, mediante sentencia de fecha 21 de noviembre de 1979, negándose a admitir la validez del experticio médico forense practicado por el Instituto de Medicina Legal, con registro número 0955019 de fecha 23 de mayo de 1978, dentro del juicio,

1.4.- La sentencia del 21 de noviembre de 1979 tuvo en cuenta que "sabido es que el juzgador debe tener en cuenta la disminución de la capacidad que presente el respectivo empleado, en el momento en que tenga lugar su desvinculación del servicio oficial y no la que pueda sobrevenirle años más tarde, como ocurrió. Sobre este "particular, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras cosas, en el que aparece copiado al tomo 79, páginas 83, 468 y 532 que reposa en las sentencias de la Sección Segunda".

1.5.- Las sentencias desestimatorias son *revisables* cuando se trata de materias de pago periódico como son las pensiones, como aparece en la sentencia de Sala Plena del H. Consejo de Estado pronunciada con fecha 18 de septiembre de 1979. Proceso número 10.035 de Lucia Dolores Burgos Buitrago.

1.6.- "Los conceptos médicos de Sanidad constituyen definición definitiva sobre los casos que se le cometen a tal consideración, pero debe precisarse que lo son solamente respecto de la Administración, no al poder judicial, donde por principio todo hecho, todo elemento de juicio que a ella se traiga es evidentemente discutible y apreciable conforme a las reglas respectivas en razón de las acciones judiciales y no pueda privarse a los litigantes sin quebrantar la garantía constitucional de la defensa del derecho de controvertir ante la justicia contenciosa los actos de la administración, tanto en sí mismos, como en las bases que se han tenido para pronunciarlos y porque fundamentalmente en el momento de una decisión judicial aceptará el principio que esos actos de trámite o de colaboración cumplidos por autoridad única del Gobierno fueran discutibles ante la justicia y si no se correría el riesgo de desconocer la garantía ciudadana, inserta en la regla 3a. del artículo 141 de la Constitución Nacional que al eregir al Consejo de Estado, en el supremo tribunal contencioso administrativo, conforme a las reglas que señala la ley, da el derecho a los gobernados de recurrir a él en busca de amparo para sus derechos,

mediante un juicio controvertido sobre los actos de la administración y como muchos de éstos se fundan en juicios, opiniones, dictámenes o labores técnicos de entidades oficiales de creación legal, si algunos de éstos sobresaliere por indiscutible, por ello se investigaría la acción correspondiente, pues de antemano, se conocerían los resultados de la conformidad de lo decidido con la autoridad correspondiente. Lo que quiere significar que estas pruebas puede ser controvertidas por los interesados a su riesgo, con el objeto de demostrar científicamente y por medios idóneos, dentro del juicio respectivo, que adolecen de error y apreciados por los jueces competentes, según las reglas propias de cada caso, artículo 144 del decreto 3220 de 1953". (Sent. 2 junio 1964. Sala de Negocios Generales. Leonor Gaitán de Alvarez).

1.7.- "Los antecedentes obran en el H. Consejo de Estado, en el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el Ministerio de Defensa Nacional".

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se expuso así:

"2. NORMAS LEGALES VIOLADAS O MAL APLICADAS. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Art. 17 CN. Artículo 10, 21 del C. S. del T. Decreto 2218 de 1968, artículo 3o. Artículo 141.3 CN. Artículo 67 C.C.A. Art. 241 C.P.C.

2.1.- El derecho a pensión de invalidez lo establece el artículo 85 del decreto 2339 de 1971, cuando el porcentaje de incapacidad es superior al 75%. El artículo 88, ib. establece que el Ministerio de Defensa Nacional puede en cualquier tiempo ordenar una revisión médica para inclusive para aumentarla si el caso es de agravación.

Dentro de estos clásicos parámetros administrativos, el Ministerio de Defensa Nacional se sujetó al porcentaje de incapacidad de sus instrumentos para fijarla en el caso de Alejandro Gutiérrez Loaiza y negó la pensión de invalidez por ser este porcentaje inferior al 75%. Lo procedente entonces era provocar la nulidad de esta actuación gubernativa para controvertir el dictamen de la Sanidad Militar como un efecto lo fue por proceso contencioso de nulidad, art. 67, dando lugar a una valoración superior del 100% de incapacidad laboral con diagnóstico de lesión irreversible. Los actos de la Administración son jurisdiccionales por los particulares ante la jurisdicción contencioso administrativa. (art. 141.3) La ley lo ha señalado así en el artículo 67 del C.C.A. De esta manera entender como entendió la sentencia que se pide revisar que las actas médicas de la Sanidad Militar no son cuestionables o son científicamente incontrovertibles aún en la jurisdicción contencioso administrativa es dejar sin funciones al Consejo de Estado y sin efecto alguno sus decisiones y sus fallos, así como aquellas actuaciones que permitan la controversia sobre actos de trámite sobre los cuales el juez toma la decisión consiguiente. Tal entendimiento contraria el artículo 141.3 de la Carta como el artículo 67 del C.C.A. dando lugar a la causal 6a. del artículo 165 en cuanto se aplicó mal la ley.

2.2. De igual manera bajo el principio de la permisibilidad de la ley laboral como protección especial que garantiza el Estado, (arts. 21 C. S. T., 17 CN), el entendimiento de la sentencia de fecha 21-noviembre-1979 de la Sección 2a. la

prueba científica producida por el Instituto de Medicina Legal, dentro del proceso, que no había sido objetada por las partes, y por tanto ofrecía la plenitud científica de su concepto, (art. 241 c.p.c.) acreditando una incapacidad laboral del 100% dejan de aplicarse el principio de protección a la relación laboral del caso, y el entendimiento más favorable de la ley para seguridad de esa misma protección, lo que implica también por este aspecto, causal de revisión, desestimándose por el juez una prueba que tenía obligación de respetarla como tal en el proceso.

2.3. El decreto 2218 de 1966 taxativamente fija en su artículo 3o. que las pensiones de invalidez se deben y se causan desde que la lesión se diagnostica. El alcance de esta norma es de tal naturaleza que obliga al Estado a amparar la incapacidad laboral con la pensión de invalidez desde la fecha en que la lesión es diagnosticada, sin sujetar ese diagnóstico a que su índice sea indiscutible, sin prohibir que se cuestione y permitiendo que en el efecto de la lesión, también alcance a la protección de su evolución, de su agravación como lo dice el artículo 88 del decreto ley 2339 de 1971, estatuto que regía el derecho del actor cuando los hechos determinaron el derecho a la pensión. Este entendimiento es el que ha debido darse por el juez, porque, ora por evolución o agravación la enfermedad que era o podía ser en el momento o fecha del retiro, del 30% para la fecha, dentro del juicio, en que se hizo la diagnosis definitiva del 100%, el derecho a pensión de invalidez tenía origen, fundamento y causa en la primigenia situación nosológica que causó el retiro de la actividad civil de este empleado del Ministerio de Defensa Nacional. Como la ley manda pagarla desde que se origina, es por lo que el derecho a exigirla lo es en su totalidad en función del tiempo, por el carácter alimentario que implica esta protección".

Reconstrucción procesal. El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte actora solicitó y obtuvo su reconstrucción.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. El Demandante apoya su pretensión en la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que admitía la acción de revisión por la causal 6a. del artículo 165 de la ley 167 de 1941, tratándose de sentencias desestimatorias de la pretensión del reconocimiento periódico.

2. Ocurre, sinembargo, que la misma Sala Plena, en el caso del demandante JOSE ANTONIO PEDRAZA PICON, en sentencia del 25 de noviembre de 1991, expediente S-219, recogió expresamente su jurisprudencia anterior, habiendo dicho que con excepción de la causal 3a. del artículo 165 de la mencionada ley, la sentencia objeto de la acción de revisión debe contener el reconocimiento de una suma periódica de dinero.

3. En el presente caso, la sentencia impugnada en revisión (fls. 54 a 59), confirmó la de primera instancia que había negados las pretensiones de la demanda (fls. 59 y 56).

4. Advierte la Sala, además, que evidentemente con excepción de la hipótesis negativa al reconocimiento de la causal 3a. del artículo 165 de la ley 167 de 1941, todas las demás causales de revisión suponen que la sentencia objeto de la acción contiene en contra del tesoro público una condena por una suma periódica de dinero, como lo establece el artículo 164 *ibídem* y, por ello, su criterio coincide con el de la Sala Plena, pues, los casos en que una sentencia puede revisarse debe establecerlos la ley y tratándose de una excepción a la cosa juzgada, su interpretación no puede ser extensiva para crear otros en contra de los expresos mandatos de la ley.

Consecuentemente, la Sala negará la revisión solicitada.

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

FALLA:

DENIEGASE la revisión de la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 21 de noviembre de 1979, solicitado por ALEJANDRO GUTIERREZ LOAIZA.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aprobado en la Sala del día 5 de noviembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Pedro Cahrria Angulo, Conjuez;, *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO DE TRABAJO-Facultades/**SINDICATOS/JUNTA DIRECTIVA**-Período/**DERECHOS ADQUIRIDOS**

El Ministerio de Trabajo, ante la solicitud de inscripción de una nueva Junta Directiva, examinará y analizará, el cumplimiento de la ley y de las normas estatutarias del sindicato para evitar que se produjeran registros de personal directivo, en la forma no autorizada por la ley. En otros términos, el Ministerio no podrá desconocer derechos amparados en una resolución, si con la revocatoria de ella, se contrariaba la ley, máximo cuando como autoridad administrativa, estaba facultada para vigilar. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al proferir la resolución acusada, desconoció con clara violación los estatutos de la organización sindical, el artículo 390 del C. S. T. y los derechos de la Junta Directa válidamente elegida y reconocida por el mismo Ministerio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 1685. ACTOR: *Sindicato de Trabajadores de Compañías de Seguros.* RESOLUCIONES MINISTERIALES

El SINDICATO DE TRABAJADORES DE COMPAÑIAS DE SEGUROS, "COLSEGUROS", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 4732 de 6 de junio de 1983, mediante la cual, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reconoció una nueva Junta Directiva Sindical, sin existir vencimiento del período de la anterior, y sin norma jurídica que autoriza este proceder. Como hechos en que fundamenta su petición, expresa que la Junta que se debe respetar como válida, es la que fue elegida el 25 de noviembre de 1981, habiendo quedado presidida por MARTHA C. BOTERO DE

GOMEZ, y debidamente reconocida por el Ministerio del Trabajo, mediante Resolución No. 626 de 2 de febrero de 1982.

Agrega el actor, que ocho meses después, el 16 de julio de 1982, un grupo reducido de trabajadores, en forma ilegal y antiestatutaria, eligió otra Junta, cuya inscripción fue denegada por el Inspector Octavo de la Sección de Relaciones Colectivas, pronunciamiento administrativo que fue impugnado y resuelto por la Jefe de Sección de Inspección, autoridad que no era la competente, por no ser la autoridad jerárquica de la División de Colectivos, y quien revocó la decisión de no inscribir la nueva Junta, procediendo en su lugar, a ordenar la nueva inscripción, mediante la Resolución que ahora impugna.

El actor, ataca esta resolución básicamente por dos aspectos a saber:

a) Falta de competencia del Jefe de Sección de Inspección, que fue quien ordenó en definitiva la inscripción de la nueva Junta, y

b) Porque el Ministerio del Trabajo, reconoció mediante resolución, una nueva Junta, sin que la ley le otorgara esa facultad, revocando una resolución debidamente ejecutoriada.

Como normas violadas, cita las siguientes: artículos 16, 17, 20, 30 44, 55 y 141 literal 3o. de la C.N. de 1886, 12, 353, 362 literal 5o. y 390 del C.S.T., 83 C.C.A., 25 literal d) del Decreto 62 de 1976 y Resolución No. 1097 de 1981.

Como en el libelo demandatorio se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, y esta petición fue resuelta favorablemente, en virtud de que el acto acusado se había proferido por autoridad que carecía de competencia, la parte demandada, al interponer el recurso de súplica, expresó que el actor carecía de personería para actuar, pues la Junta competente para conferir el poder, era precisamente la que figuraba en el acto demandado, y no la que existía con anterioridad.

También, agregó y comprobó debidamente, que el recurso de apelación, si bien fue resuelto por la Sección de Inspección, tal actuación se produjo como consecuencia de que el Jefe de la División de Colectivos, aceptó el impedimento del Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas, habiendo designado para desatar el recurso, a la citada Sección de Inspección, también dependiente de dicha División.

Mediante providencia de 28 de marzo de 1984, con base en las pruebas y explicaciones suministradas por la parte demandada, se aceptó revocar, la suspensión provisional, en virtud de que no aparecía que existiera incompetencia en la producción del acto acusado.

La reconstrucción del proceso, de acuerdo con el Decreto 3825 de 1985, dispuso que el expediente debía quedar en traslado a las partes para formular alegatos de conclusión, quienes se abstuvieron de hacerlo.

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, conceptúa que el actor propuso la acción de plena jurisdicción, cuando la que correspondía era la pública electoral, pues "el acto de inscripción de una Junta determinada ratifica y solemniza el status de miembro de la misma, es decir, es acto culminante de un proceso de elección o

nominación". Agrega que en cuanto a la incompetencia funcional propuesta, esta no se produjo, por cuanto el autor del acto lo realizó por disposición de autoridad competente.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) El contencioso electoral conlleva una acción pública, mediante la cual se impugna un acto administrativo de las corporaciones electorales públicas, o los hechos de estas.

Como la elección de la Junta Directiva por parte de la Asamblea General de un Sindicato, es un acto de carácter particular que emana de una persona jurídica de derecho privado, y además la acción que se ejercita no solamente esta orientada a pedir la nulidad y su consiguiente restablecimiento, la Sala estima que la acción electoral no es la procedente.

2) Quedó establecido en el proceso, que la Resolución impugnada, fue proferida por la Sección de Inspección de la División Departamental del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de que el Jefe de la Sección de Colectivos, fue separado del conocimiento del proceso administrativo, luego de que a aquel le fuera aceptado el impedimento manifestado, y con base en lo dispuesto por el Jefe de la División de Colectivos, superior jerárquico de estos dos funcionarios.

Por consiguiente, no está llamado a prosperar el ataque del actor, en cuanto a que el acto impugnado fue proferido por funcionario que carecía de competencia para actuar.

3) En cuanto a que el Ministerio del Trabajo, antes del vencimiento del período anual para el cual fue nombrada la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de Compañías de Seguros, el día 25 de noviembre de 1981, o tenía facultad para inscribir la Junta elegida 8 meses después, debe examinarse esta situación, frente a la ley y a los estatutos de la organización sindical.

4) El artículo 390 del C.S. del Trabajo preceptúa, lo siguiente:

"PERIODO DE DIRECTIVAS.

1. El *período* de las directivas sindicales *no puede ser menor* de seis meses con excepción de la directiva provisional, cuyo mandato *no puede prolongarse por más de treinta (30)* días, contados desde la publicación oficial del reconocimiento de la personería jurídica, pero el mismo personal puede ser elegido para el período reglamentario. *Esto no limita la libertad del sindicato, para remover, en los casos previstos en los estatutos a cualesquiera miembros de la Junta Directiva*, ni la de éstos para renunciar sus cargos; los suplentes entran a reemplazarlos por el resto del período. 2) Si dentro de los treinta (30) días de que habla este artículo, la junta provisional no convocare a asamblea general para la elección de la primera junta reglamentaria, un número no menor de quince (15) afiliados puede hacer la convocatoria". (se subraya)

5) De acuerdo con el literal a) del artículo 13 de los Estatutos del Sindicato, el período de duración de la Junta Directiva, es de un año. Prescribe esta disposición lo siguiente:

> "ARTICULO 13.- Son atribuciones privativas e indelegables de la Asamblea General:
>
> a) La elección de la Junta Directiva para un período de un año";

6) De conformidad con el artículo 17, literal d) e i) del Decreto Ley 62 de 1976, a la Sección de Reglamentación y Registro Sindical, de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, le corresponde "*vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales* en materia de reglamentación y *registro sindical*, y adelantar las investigaciones administrativas a que hubiere lugar", y "llevar y mantener al día el registro sindical", funciones estas que conllevan a que el Ministerio del Trabajo, ante la solicitud de inscripción de una nueva Junta Directiva, examinará y analizará, el cumplimiento de la ley, y de lo expuesto en el artículo 390 del C.S.T. y de las Normas Estatutarias del Sindicato, para evitar que se produjeran registros de personal directivo, en la forma no autorizada por la ley.

En otros términos, el Ministerio no podía desconocer derechos amparados en una resolución, si con la revocatoria de ella, se contrariaba la ley, máximo cuando como autoridad administrativa, estaba facultada para vigilar.

Por consiguiente, el Ministerio no estaba obligado a expedir una nueva resolución aprobatoria de una nueva junta, si con esta actitud se vulneraban disposiciones que se debían respetar.

Conforme a lo antes expuesto, la Sala concluye que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, al proferir la Resolución No. 4732 de 6 de junio de 1983, mediante la cual reconoció a la nueva Junta directiva del Sindicato de Trabajadores de Compañías de Seguros "COLSEGUROS", desconoció con clara violación del artículo 390 del C.S.T. y los estatutos de dicha organización sindical, y los derechos de la Junta Directiva válidamente elegida y reconocida por el mismo Ministerio, mediante las Resoluciones Números 626 y 1390 de 1983.

7) Como el actor solicita se declare que la Junta revocada con el acto cuya nulidad se pide, fue la verdadera en el período estatutario de un año, y que el acto acusado de ser declarado nulo, jurídicamente no produjo ningún efecto sindical, es necesario advertir que esta declaratoria de nulidad no puede desconocer situaciones jurídicamente consolidadas.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: *DECLARASE LA NULIDAD DE LA RESOLUCION No. 4732 DEL 6 DE JUNIO DE 1983, PROFERIDA POR LA SECCION DE INSPEC-*

CION, DIVISION DEPARTAMENTAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE CUNDINAMARCA, DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, CONFORME A LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

SEGUNDO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL/REGIMEN PRESTACIONAL/AUXILIO DE GARANTIA-Intereses

A partir de 1977, al consagrar la ley, un nuevo estatuto sobre régimen de prestaciones sociales, para la naciente categoría de empleados oficiales, pues de tener cesantías congeladas, pasó al sistema de cesantías cancelables con el último sueldo, pero sin interés, porque el nuevo estatuto no consagró esta percepción especial de asignación del tesoro público, ni remitió a tales funcionarios, al régimen general, en materia de intereses. El pago de intereses en las cesantías congeladas o aquellas que se liquidan el 31 de diciembre de cada año con el sueldo de esa fecha, se justifica en la medida en que compensan en alguna forma la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero carecen de la suficiente justificación cuando las cesantías se liquidan con el último sueldo porque al ser canceladas en esta forma, no han perdido al momento de su entrega el poder adquisitivo ya que no han alcanzado a sufrir el proceso de la devaluación monetaria. De otra parte, desde el punto de vista legal, la Sala estima que la percepción de una asignación del tesoro público, es válida, siempre y cuando el servidor público esté autorizado por la ley para ello, y en ningún caso, por interpretación de los estatutos legales. Por consiguiente, los funcionarios de seguridad social, carecen del derecho a percibir intereses a la cesantía, en virtud de que la ley no les confirió ese derecho.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 3530. ACTOR: *Jose Humberto Espinel Martínez*. AUTORIDADES NACIONALES.

JOSE HUMBERTO ESPINEL MARTINEZ, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de los actos administrativos, contenidos en los oficios SGP-SC y D.E. No. 6085 de 4 de julio de 1985, mediante los cuales el Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, le negó la liquidación de los intereses a la cesantía.

Como hechos en que fundamente su solicitud, expresa que él tiene derecho a que además de las cesantías que le fueron liquidadas y pagadas, deben reconocérseles sobre ellas, en su calidad de funcionario de la seguridad social, en razón de su vinculación laboral como Médico del Instituto de los Seguros Sociales.

Considera, que conforme a los decretos 3118 de 1968 y 162 de 1969, los empleados del I.S.S. tiene derecho por voluntad del legislador, al pago de intereses sobre sus cesantías, y el hecho de que éste organismo, haya obtenido autorización de la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro, para no consignarle a esta entidad, las cesantías de sus empleados, no exime al I.S.S. del pago de los intereses, ya que el acuerdo de estas dos entidades oficiales, no puede modificar la ley. Agrega, que tampoco es válido expresar que como las cesantías de los empleados del I.S.S. no están congeladas, no se tiene derecho a los intereses, pues la congelación de cesantías, que rige en el Fondo Nacional del Ahorro, es para las cesantías, no para el pago de sus intereses, que es otra cosa bien distinta.

Finalmente, ataca los actos emanados, en cuanto al I.S.S., al resolverle sus peticiones, no citó los preceptos legales en que se apoyaba, para no pagar los intereses sobre la cesantía.

Como normas violadas cita los artículos 3, 37, 38, 39, 50 y 51 del Decreto 3118 de 1968, 12 y 14 del Decreto 162 de 1969, 47 del Decreto 1650 de 1977, ley 41 de 1975, 16 y 18 del C.C., 25 y 26 del Decreto 1653 de 1977, 303 del C.P.C. y 267 del C.C.A.

El I.S.S. dió contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones del actor, básicamente por considerar que el régimen del Decreto 3118 de 1968, no está dirigido a los funcionarios de la seguridad social, la entidad fue eximida de la obligación de entregar las cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, y no está sujeta al régimen de congelación de las cesantías, y pago de intereses, pues en el I.S.S., existe un sistema especial de régimen prestacional, consagrado en el Decreto 1653 de 1977, consistente en que la cesantía se liquida con el último salario devengado por el empleado y sin intereses, porque la ley no lo dispuso así.

Agrega el I.S.S., que el actor pretende que tanto del sistema general, como del especial, se le aplique lo más favorable, aunque no lo desfavorable, híbrido que no es posible aceptar, pues se atentaría contra el principio de la inescendibilidad de la ley y de la lógica jurídica. Como excepciones, plantea, la de falta de causa, porque el actor carece de norma legal que respalde sus pretensiones, y de excepción de pago, porque el I.S.S. le canceló todas sus prestaciones sociales.

En el término de traslado para alegar de conclusión, las partes reiteraron sus puntos de vista. La Fiscalía Séptima del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expresa que el actor no tiene derecho a reclamar intereses sobre el valor de las

cesantías, por cuanto los empleados del I.S.S., tienen un sistema especial de prestaciones sociales, en el cual no se consagró este derecho.

Agrega, que "la disposición relativa a un asunto especial, prefiere a la que tenga carácter general", conforme lo prescribe el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia, denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que al régimen especial consagrado en favor de los empleados del I.S.S., no es posible aplicarle las normas del sistema general. Señala el Tribunal, "que existiendo una norma especial que regula lo relacionado con las prestaciones de los empleados de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, es la que debe aplicarse, *y que, no previendo ésta el reconocimiento de intereses a la cesantía que reclama el demandante, no se le pueden reconocer*" (se subraya).

El actor, apela de esta decisión, porque a su juicio considera que si el Decreto 1653 de 1977 no contempla expresamente los intereses a la cesantía, no quiere decir que no los deba pagar, toda vez que dicho decreto regula es la determinación del monto de la cesantía, pero no sus intereses, y de otra parte, el I.S.S., está vinculado al Fondo del Ahorro, y por lo tanto está obligado al pago de los intereses a la cesantía.

En el término de traslado para alegar ante el Consejo de Estado, el actor reiteró sus argumentos, y el I.S.S. guardó silencio.

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con lo expresado por el Fiscal Séptimo del Tribunal, y lo definido en la sentencia, por el Tribunal Administrativo, solicita la confirmación del fallo apelado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) En cuanto a las excepciones propuestas por el I.S.S., sobre falta de causa para pedir, y pago de las prestaciones, por tratarse de aquellas cuya naturaleza exige el exámen de las pretensiones, no serán resueltas en primer término, sino en el curso del análisis de las pretensiones del actor.

2) La procedencia o improcedencia de la petición del actor, debe examinarse, frente a la prohibición consagrada en el artículo 64 de la C.N. de 1886, vigente en la fecha de causación de las cesantías del demandante, hoy previstas en el artículo 128 de la Constitución Política de 1991, por tratarse en esencia, de la compatibilidad o incompatibilidad, en la percepción de una asignación del Tesoro Público.

3) Como la posibilidad de que un funcionario de la seguridad social, pueda percibir más de una asignación del tesoro público, debe encontrarse en forma expresa en su estatuto especial, por no ser posible construir la excepción a la regla prohibitiva de la Constitución Política, mediante interpretación, es necesario, entrar a examinar dicho estatuto prestacional, con el objeto de precisar, si le asiste el derecho al actor.

4) Prescribe el Decreto Ley 1653 de 1977, en su artículo primero, que los funcionarios de seguridad social tienen derecho al reconocimiento de las garantías sociales y económicas que se establecen en dicho estatuto, en la cuantía y términos expresamente señalados. Del contenido del restante articulado, no se concluye que tales servidores públicos, puedan ser beneficiados en esta materia de prestaciones consagradas en el sistema general.

5) Examinando el estatuto prestacional que se comenta, no aparece en ninguno de sus preceptos, que los funcionarios de la seguridad social, tengan derecho a intereses sobre el auxilio de la cesantía. Basta analizar los artículos 25 y 26 del Decreto 1653 de 1977, cuyo tenor literal, es el siguiente:

> "Artículo 25.- **Del Auxilio de Cesantía**. En caso de retiro de un funcionario de seguridad social, el Instituto le reconocerá y pagará un auxilio de cesantía equivalente a un mes de salario por cada año completo de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.
>
> "Artículo 26.- **De la Regla para liquidar la Cesantía.** La cesantía correspondiente al tiempo de servicios prestados al Instituto, se liquidará de la siguiente manera:
>
> a) Con base en el último salario cuando éste no hubiese variado durante los tres meses anteriores a la fecha de retiro.
>
> b) Si el salario hubiese variado, la liquidación se hará con base en el promedio de lo percibido por concepto de salario durante el último año de servicio.
>
> **Parágrafo.** Para efecto de la liquidación de cesantía se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:
>
> - Asignación básica mensual.
> - Gastos de representación.
> - Primas de gestión, técnica, de servicio, de localización y de vacaciones.
> - Horas extras.
> - Dominicales y feriados.
> - Auxilios de alimentación y de transporte.

5) El argumento del actor sobre la validez en la liquidación de los intereses al auxilio de la cesantía, para los empleados del Instituto de los Seguros Sociales, fue válido para la época anterior a la vigencia del Decreto Ley 1653 de 1977, pues el I.S.S. como establecimiento público del orden nacional, debía liquidar anualmente la cesantía e intereses, y consignarlos al Fondo Nacional del Ahorro, conforme lo ordenaban los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3118 de 1968.

Su obligación en esa época, era de tal naturaleza, que la autorización que le confirió la Junta Directiva del Fondo del Ahorro al I.S.S., el día 19 de junio de 1969, no era para exonerarlo del pago de intereses a la cesantía, como muy bien lo afirma el actor, sino para que el I.S.S. desarrollará los planes especiales de vivienda para sus empleados. Dijo al respecto la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro, según consta en Acta No. 5 de 19 de junio de 1969:

"1) Del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de la Empresa Colombiana de Petróleos, del *Instituto Colombiano de Seguros Sociales* y de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, solicitando se les exima de su vinculación al Fondo, en virtud de los planes de vivienda que adelantan para sus trabajadores.

El señor Presidente de la Junta manifestó que tenía conocimiento de los planes que desarrollan las entidades mencionadas, los cuales registran condiciones muy favorables para los trabajadores, que en un momento dado, el Fondo no podría otorgar préstamos para vivienda en condiciones similares, y que por estos motivos opinaba se les podría eximir en conformidad con lo dispuesto por el literal j), del articulo 7o. del Decreto número 3118 de 1968, todo esto sin perjuicio de revocar esta determinación si la entidad no cumple con los planes de vivienda, para lo cual deberá pasar trimestralmente al Fondo un informe minucioso de la gestión realizada. Los señores directores, luego de un amplio intercambio de ideas, impartieron su aprobación para eximir de su vinculación al Fondo a las entidades antes aludidas, y" (se subraya).

6) Sin embargo, la anterior situación, varió para los funcionarios de la seguridad social, a partir de 1977, al consagrar la ley, un nuevo estatuto sobre régimen de prestaciones sociales, para la naciente categoría de empleados oficiales, pues de tener cesantías congeladas, pasó al sistema de cesantías cancelables con el último sueldo, pero sin interés, porque el nuevo estatuto no consagró esta percepción especial de asignación del tesoro público, ni remitió a tales funcionarios, al régimen general, en materia de intereses.

El pago de intereses en las cesantías congeladas o aquellas que se liquidan el 31 de diciembre de cada año con el sueldo de esa fecha, se justifica en la medida en que compensan en alguna forma la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Pero carecen de la suficiente justificación cuando las cesantías se liquidan con el último sueldo porque al ser canceladas en esta forma, no han perdido al momento de su entrega el poder adquisitivo ya que no han alcanzado a sufrir el proceso de la devaluación monetaria.

De otra parte, desde el punto de vista legal, la Sala estima que la percepción de una asignación del tesoro público, es válida, siempre y cuando el servidor público esté autorizado por la ley para ello, y en ningún caso, por interpretación de los estatutos legales.

Por consiguiente, los funcionarios de seguridad social, carecen del derecho a percibir intereses a la cesantía, en virtud de que la ley no les confirió ese derecho.

En mérito de lo antes expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: *CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA*

SEGUNDO: En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR-Socio/OFICIAL RETIRADO

El retiro que impide ser socio del Club Militar, es el ocurrido por separación absoluta, por conducta deficiente o por inasistencia al servicio por más de 5 días. Si se aceptara que la expresión "se retiren" contenida en el artículo 4o. del Estatuto de Socios del Club Militar comprende únicamente a los oficiales que han salido del servicio por solicitud propia, resultaría, que el oficial que no se retiró sino que fue retirado, por ejemplo 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 ser socio, pero en condiciones y circunstancias diferentes.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: Dr. Joaquín Barreto Ruíz.

Ref.: Expediente No. 5094. Autoridades Nacionales. Actor: *Jaime Arturo Ocaña Montúfar.*

El mayor retirado de la Policía Nacional JAIME ARTURO OCAÑA MONTUFAR, por intermedio de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el CLUB MILITAR, tendiente a que se declaren nulos los actos de su Junta Directiva que le negaron su condición de socio efectivo y en su lugar se le reconozca y se le expida el carné correspondiente.

Expuso el actor que ingresó a la Policía Nacional como oficial el 1o. de diciembre de 1974 y que durante su permanencia observó buena conducta; que se encuentra en retiro desde el 31 de agosto de 1989, con el grado de mayor; que el Club demandado fue creado para el servicio de los oficiales de las fuerzas armadas; que los artículos 4o. y 9o. del decreto 639 del 30 de marzo de 1989 establecen los presupuestos para que tales oficiales continúen después de retirados del servicio

como socios efectivos; que el actor fue socio activo del Club demandado durante 15 años, sin haber incurrido en alguna falta que determinara su exclusión de él, que goza de asignación de retiro otorgada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; que no fue separado en forma absoluta de la Policía Nacional, ni retirado por conducta deficiente o inasistencia al servicio por más de 5 días; que tampoco ha sido condenado a pena de prisión; que el actor cumple con los requisitos para ser socio efectivo del Club demandado; que el retiro del servicio no implica el dejar de ser socio sino el cambio de socio activo a socio efectivo cuando se cumplen los requisitos exigidos en el decreto 639 de 1989 y que la Junta Directiva del Club demandado mediante los actos acusados le negó al actor el derecho a continuar como socio efectivo.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de la violación, se invocan los artículos 26, 30 y 169 de la Constitución Política, la ley 124 de 1948 y los artículos 4o., 9o., 10 y 18 literal d) del decreto 639 de 1989.

El concepto de la violación obra a folios 34 a 39 y en él, con cita de jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y de esta Sala, se argumenta que el actor reúne los requisitos establecidos en el artículo 4o. del Estatuto de Socios del Club demandado para ser socio efectivo, sin que por otro lado esté incurso en alguna de las causales de inhabilidad para serlo, establecidas en el artículo 9o. ibídem.

Vista Fiscal. El Ministerio Público en su concepto (folios 88-91), opina que el actor reúne los requisitos para ser socio efectivo y que las pretensiones de la demanda deben

LA SALA CONSIDERA:

1. Situación fáctica.

a) Está demostrado que el demandante fue socio activo del Club demandado desde el 1o. de diciembre de 1974 hasta el 30 de noviembre de 1989, vale decir, por espacio de 15 años (folio 18).

De consiguiente el certificado de folio 18 expedido por el Club, contradice el oficio 02746 del 1o. de noviembre de 1989 del Director de la Policía Nacional, según el cual el tiempo de aporte del actor fue de 14 años, 8 meses, 30 días (folios 23 y 23 vuelto), es decir 14 años 9 meses.

No tuvo en cuenta dicho oficio, que si bien el actor fue retirado del servicio el 31 de agosto de 1989, durante los tres meses de alta, hasta el 30 de noviembre siguiente, continuó como socio activo del Club (folios 8 y 19).

b) También está acreditado que al actor se le reconoció asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (folios 20 y 21).

c) Obra igualmente la constancia de que el retiro del actor tuvo como causa la voluntad del Gobierno (folios 8 y 22).

no gozaba de fuero de estabilidad relativa que impidiera el ejercicio de la facultad discrecional de remoción que ostenta la autoridad nominadora y, que las citadas disposiciones no "consagran como obligación de la Administración realizar examen "médico laboral" a los funcionarios que han sido declarados insubsistentes, como lo alega el apoderado de la parte actora". (folio 120 cuaderno principal).

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Toda razón asiste al colaborador fiscal de la Corporación al señalar la improcedencia de analizar la posible infracción de las dos leyes y diez decretos que por sus números invoca el libelista sin especificar cuál o cuáles de sus tantos artículos considera vulnerados, pues es deber del accionante determinar sin equívocos, las normas que estime violadas, cumpliendo a cabalidad el requisito previsto en el numeral 4) del Artículo 84 de la Ley 167 de 1941. Sólo así podrá el juzgador confrontar el acto acusado con las reglas de derecho supuestamente quebrantadas, toda vez que el análisis de la legalidad de la actuación administrativa frente a un universo de disposiciones jurídicas como las consagradas en ese abanico de leyes y decretos citados, es de verdad una tarea imposible de realizar.

La evidente falta de técnica en la formulación de las impugnaciones que por vulneración de dichos estatutos contiene el libelo, da al trate con la acción propuesta, a lo cual se une el hecho, también destacado por la Fiscalía Cuarta, de que los artículos 66 y 67 de la Ley 167 de 1941 consagratorios de las acciones de nulidad y plena jurisdicción, que se dicen violados, no pudieron serlo, pues precisamente en el ejercicio de ésta última acción, el demandante puso en movimiento la jurisdicción Contencioso Administrativa, a fin de obtener un pronunciamiento sobre juricidad de la resolución número 034000-6256 de 1982.

De otra parte, si bien es cierto que el Artículo 9o. de la resolución número JD-003 de 1973 consagraba un fuero de relativa estabilidad en el empleo para aquellos servidores de TELECOM escalafonados en Carrera Administrativa, también lo es que en el Artículo 5o. dispuso que para su inscripción en ella, además de los requisitos de ingreso, el funcionario debía someterse a un concurso o, en su defecto, acreditar la idoneidad o experiencia para llenar satisfactoriamente el cargo. No bastaba entonces la ocupación de un empleo en dicha empresa para que automáticamente se perteneciera a la carrera administrativa. De suerte, que el actor debía probar que se hallaba debidamente escalafonado, para que en su favor operara el fuero de relativa inamovilidad a que se hizo referencia. Sin embargo, esto no ocurrió y, por ello, tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción su nombramiento podía ser declarado insubsistente en forma discrecional, como se hizo.

Tampoco es de recibo la censura de la resolución demandada por haberse omitido practicar examen de retiro al accionante previamente a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, toda vez que los Artículos 8o. y siguientes del

Decreto 1848 de 1969 señalados como violados que regulan lo concerniente a las enfermedades profesionales de los servidores públicos de la rama ejecutiva, no condicionan el ejercicio de la potestad de libre nombramiento y remoción que ostenta la autoridad nominadora respecto de los funcionarios no amparados por fuero de relativa estabilidad, a la práctica de dicho examen.

Finalmente, se anota que por carecer de recursos por la vía gubernativa, el acto de declaratoria de insubsistencia de un funcionario sin fuero de relativa inamovilidad resulta procedente hacerlo conocer del interesado, mediante su comunicación mecanismo que se empleó en el presente caso para enterar al actor de la resolución enjuiciada.

De conformidad con lo expuesto, las súplicas de la demanda deben denegarse, en virtud de que no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto 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

1o. Deniéganse las súplicas de la demanda incoada por Luis Humberto Peña Onzaga.

Reconócese personería al doctor ARMINIO PIÑERES GRIMALDI como apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —TELECOM— en los términos y para los efectos del memorial obrante a folio 122.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 19 de noviembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA /REGIMEN APLICABLE/ESTATUTOS-Reforma/**JUNTA DIRECTIVA /CLASIFICACION DE EMPLEOS**-Aprobación/**GOBIERNO MUNICIPAL/CONTROL DE TUTELA**

A pesar de que la sociedad goza de una relativa autonomía administrativa, sus estatutos, en cuanto desarrollan las normas básicas que le rigen como ente de derecho público, están sometidos a la aprobación del gobierno municipal, que es el que ejerce el control de tutela a que se refiere el artículo 5o. del Decreto 130 de 1976. La reforma estatutaria mediante la cual la junta directiva modificó la clasificación de sus servidores, clasificando otros cargos como empleos públicos, debió ser sometida a aprobación del Gobierno Municipal antes de ser solemnizada y en consecuencia, al autorizar la Superintendencia de Sociedades la solemnización sin exigir la mencionada aprobación, actuó contrario a derecho.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 2549. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A.*

La sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. mediante apoderado solicitó la nulidad de las resoluciones Nos. AN-CL-08452 de 20 de noviembre de 1986 y AN-CL-0317 de 9 de febrero de 1987 dictadas por la Superintendencia de Sociedades.

En la demanda en el capítulo de las "disposiciones violadas y concepto de la violación" se citaron como normas infringidas con la expedición de los actos acusados, los artículos 55 de la Constitución Política anterior, 191 y 194 del Código de Comercio, 42 inciso 2o. de la ley 11 de 1986 en relación con los artículos 5o.

del decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969, por abuso o desviación de poder; el artículo 266 del referido Código en relación con los artículos 4o. del decreto anterior, 14 y 9o. del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la Superintendencia carecía de competencia para determinar la legalidad o ilegalidad de la clasificación de actividades de los trabajadores como de dirección o confianza; el artículo 2o. del Código Procesal del Trabajo y 84 inciso 2 del Código Contencioso Administrativo en relación con el artículo 266 del Código de Comercio, en razón a que la citada Superintendencia procedió igualmente sin competencia al establecer si los trabajadores clasificados por la asamblea general de accionistas como empleados públicos eran de dirección o confianza, por lo que incurrió dicha entidad así mismo en desviación de sus atribuciones propias al asumir una función que encumbre a la jurisdicción del trabajo; el artículo 20 de la Carta de 1886 por extralimitación de funciones; los artículos 6 y 7 del decreto 3135 de 1968 y el artículo 6 del decreto 1848 de 1969 que regulan el contrato de trabajo con los trabajadores oficiales; el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo en relación con el artículo 62 ibídem sobre firmeza de los actos administrativos, ya que si la resolución No. CL-AN-233 de 1986 que autorizó la solemnización de la reforma estatutaria sobre clasificación de los servidores del Acueducto y Alcantarillado de Popayán quedó legalmente ejecutoriada el 15 de julio de 1986, no cabía contra ella recurso alguno (folios 56 a 62).

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional de los actos enjuiciados, la cual fue negada mediante auto de junio 16 de 1987 (folios 68 a 74).

La apoderada de la Superintendencia de Sociedades en la contestación de la demanda (folios 213 y 214) se opone a las pretensiones del escrito introductorio y manifiesta que la citada entidad sí tiene competencia para verificar la legalidad o ilegalidad del contenido de una reforma estatutaria, pues cuando la ley le concedió el control sobre ciertas sociedades para que en su funcionamiento y desarrollo se ajustaran a las disposiciones legales y a sus estatutos, no se limitó al campo puramente formal; que cuando se creó la Superintendencia se quiso tener un instrumento único que llevara a cabo un control integral sobre las sociedades comerciales de cierta importancia social; que este aspecto sustancial no puede enmarcarse sólo dentro de los lineamentos del derecho comercial, por cuanto en el artículo 266 del Código de Comercio se señaló que la vigilancia que ejerce ese organismo sobre determinadas sociedades se extiende a todas las leyes y decretos vigentes sin distensiones de ninguna naturaleza.

El apoderado del Sindicato de Trabajadores del Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. "SINTRACUEDUCTO" en extenso escrito que obra a folios 245 a 256 del expediente se opone igualmente a las súplicas del libelo, entre otras razones, por considerar que el primer acto impugnado tiene además de validez constitucional y legal, respaldo en criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado; que correspondía en este asunto a la parte actora demostrar que los cargos clasificados como de empleados públicos eran realmente de dirección y confianza; que el control que ejerce la Superintendencia de Sociedades no se refiere exclusivamente a aspectos de carácter formal; que la facultad de inspección y vigilancia de esta

entidad tienen como objetivo principal impedir que una asamblea de socios se atribuya funciones que la ley no le ha otorgado en el caso de las empresas estatales; que la precisión de las relaciones laborales es uno de los aspectos fundamentales del funcionamiento de cualquier empresa; que la clasificación de personal que hace en los estatutos es un acto administrativo y no un acto o hecho sujeto a las reglas de derecho laboral no es de competencia de la justicia ordinaria laboral; que la determinación del vínculo laboral de los trabajadores del Estado no crea derechos adquiridos, ni situaciones jurídicas individuales; que un acto general y abstracto como es la clasificación de los empleados oficiales que lo aprueban no crean derechos individuales y concretos a favor del patrono.

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó que se debe acceder a las súplicas de la demanda (folios 258 a 266), puesto que el Superintendente de Sociedades no podía entrar a revocar la resolución No. CL-AN-233 de julio 8 de 1986, por los motivos expuestos en los actos administrativos acusados, sin que se violara el artículo 266 del Código de Comercio.

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

CONSIDERACIONES:

Acusa la demandante la resolución No. AN-CL-08542 de 20 de noviembre de 1986 (folios 36 a 39) mediante la cual el superintendente de Sociedades decidió revocar el artículo 2o. de la resolución No. CL-AN-233 de julio de 1986 (folio 5), proferida por la Jefe de Superintendencia de Sociedades de la ciudad de Cali, que autorizó a la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. para "solemnizar la reforma consistente en la adición de un parágrafo a los estatutos sociales referente a la clasificación del personal al servicio de la sociedad", de conformidad con el texto aprobado por la asamblea de accionistas en sesión de 21 de marzo de 1986, según acta No. 028 (folios 6 a 17) y ordenó a la sociedad en mención que dentro de los 30 días hábiles a la ejecutoria de la resolución acredite la cancelación de la escritura pública contentiva de la reforma aludida e igualmente la cancelación de la inscripción en el registro mercantil de ese instrumento público.

También impugna la resolución No. AN-CL-03017 de 1987 del mismo superintendente que rechazó el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la sociedad Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. en cuanto al artículo 1° de la resolución No. AN-CL-08452 de 1986 y confirmó el artículo tercero de este acto administrativo.

La reforma estatutaria cuya solemnización fue inicialmente autorizada y luego negada fue acordada según acta No. 028 de 21 de marzo de 1986 por Asamblea General ordinaria de accionistas de la Sociedad "Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A." (folio 11), y se refiere a la adición de los estatutos del siguiente parágrafo:

"Además de la clasificación anteriormente efectuada clasificase como Empleados Públicos los siguientes cargos: Operador Especializado, Auxiliar Comercial, Auxiliar de Gerencia, Auxiliar de liquidación e información, Aseadoras, Operadores de Planta, Bodeguero, Sustanciador Asesoría Jurídica". (folio 35).

Sostiene la libelista que la Superintendencia no tenía competencia para decidir sobre la legalidad de lo acordado por la Asamblea, pues ello lo correspondía a un juez civil, a petición de parte legítima según los artículos 191 y 194 del Código de Comercio, o a los jueces laborales a petición de las personas cuya situación jurídica se modificó como lo determina el artículo 2o. del Código Procesal de Trabajo. Argumenta la actora que el artículo 2o. del Código 266 del Código de Comercio que invocó la Superintendencia en los actos acusados sólo le daba competencia para verificar la sujeción de la sociedad a las leyes y decretos en cuanto a su "formación" y "funcionamiento", no sobre la juridicidad de lo resuelto por la Asamblea General en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias. Finalmente agrega que el sindicato de trabajadores de la empresa carecía de personería jurídica para recurrir la resolución de autorización y que por ello el acto "causó estado en favor" de la sociedad.

Lo primero que observa la Sala es que la sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. es una sociedad de economía mixta de carácter indirecto, del orden municipal, cuyo capital social pertenece en más del 90% al Estado, por lo cual está sometido al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Ello implica que a pesar de que la sociedad goza de una relativa autonomía administrativa, sus estatutos, en cuanto desarrollan las normas básicas que la rigen como ente de derecho público, están sometidos a la aprobación del gobierno municipal, que es el que ejerce el control de tutela a que se refiere el artículo 5o. del Decreto 130 de 1976.

En este orden de ideas, la reforma estatutaria mediante la cual la junta directiva modificó la clasificación de sus servidores, clasificando otros cargos como empleos públicos, debió ser sometida a aprobación del Gobierno Municipal antes de ser solemnizada y en consecuencia, al autorizar la Superintendencia de Sociedades la solemnización de la reforma estatutaria sin exigir la mencionada aprobación, actuó contrario a derecho.

Hizo bien entonces, la Superintendencia al haber revocado la autorización ilegalmente concedida, sin que por ello deba entenderse que hubiera desconocido una situación jurídica de carácter particular y concreto o un derecho reconocido de igual categoría, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, "El acto de autorización meramente habilita para el ejercicio de una actividad permitida. Es un control que se ejerce como requisito para que los particulares ejerzan un derecho lícito. Por lo mismo no reconoce, o concede derechos, sino hace posible su efectividad" (sentencia de abril 24 de 1978 Expediente No. 2675. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo).

De manera que por razones distintas a las expresadas en el acto acusado, estima la Sala que la Superintendencia actuó dentro de la competencia de inspección y vigilancia que le atribuye el Código de Comercio en sus artículos 266, 267 y 260 y que no se violaron las normas invocadas por la demandante, por lo cual no hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones censuradas.

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 incoada por la sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Popayán S.A. con el fin de obtener la nulidad de las citadas resoluciones Nos. AN-CL-08452 de 20 de noviembre de 1986 y AN-CL-0317 de 9 de febrero de 1987, dictadas por la Superintendencia de Sociedades.

No se reconoce personería al Doctor Henry Villabona Martínez en representación de la Superintendencia de Sociedades, por no reunir el poder a él conferido, los requisitos del artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATOS/JUNTA DIRECTIVA/ MIEMBROS-Elección/**PATRONO**-Comunicación/**DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL**

El planteamiento de la parte actora de que los miembros de la Junta Directiva del sindicato de la universidad no tenían la calidad de trabajadores al momento de comunicarse la elección, para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, es un hecho que no aparece probado. Por el contrario, lo que aparece evidente según l,a mencionada resolución es que la universidad eludió recibir la comunicación sobre la elección de la directiva para acudir al fácil expediente de dar por terminado el contrato de trabajo de cinco de sus miembros, desconociéndose así el derecho de asociación sindical al desintegrar la Junta Directiva y entorpecer de esta manera normal funcionamiento de la organización del sindicato.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 2965. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Universidad Libre*

La Universidad Libre, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", presentó demanda ante esta Corporación el 8 de octubre de 1987 solicitando la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 0348 de junio 12 de 1986 y 0554 de agosto 19 del mismo año dictadas por la Inspectora Octava de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca y contra la resolución No. 292 de mayo 8 de 1987 proferida por el Jefe (E) de la citada dependencia administrativa.

Como restablecimiento del derecho la parte actora solicitó se declare que no fue legal la inscripción de la nueva Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Universidad Libre "SINTRAUL" que aparece relacionada en el primer acto enjuiciado, para todos los efectos legales pertinentes (folio 30).

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de los actos acusados, los artículos 2,16,17,20,26,30 y 45 de la Carta de 1886; 6 del decreto ley 2351 de 1965; 353 numeral 2, 362,363,371,y 388 del Código Sustantivo del Trabajo; 10,11 literal d), 12 y 13 del decreto reglamentario 1469 de 1978. (folio 32).

Al exponer el concepto de la violación, la parte actora señala que no puede hacer parte de la Junta Directiva de un sindicato de base la persona que no tiene la condición de trabajador de una empresa o institución; que la misma ley determina que cualquier cambio total o parcial en la Junta Directiva de un sindicato debe ser comunidad al respectivo patrono y si no se hace en debida forma, no se puede presumir que la hubo; que los actos enjuiciados violaron claramente las disposiciones legales al dar validez a la inscripción de la nueva Junta Directiva por elección realizada el día 12 de abril de 1986, no obstante haberse demostrado en la actuación administrativa que los designados dejaron de ser trabajadores de la Universidad Libre el día 14 de abril de 1986; que la impugnación fue presentada a raíz del Telegrama que la entidad recibió del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social el 6 de mayo de dicho año y no por comunicación personal al representante legal por los directivos de la organización sindical; que de las pruebas se infiere que los miembros de la Junta Directiva no tenían la calidad de trabajadores de la Universidad al momento de comunicarse la elección por el comentado Ministerio el 6 de mayo de 1986, calidad que por distintas razones dejaron de ostentar desde el 14 de abril del citado año como se encuentra demostrado en el proceso.

Y concluye así el concepto de la violación la parte demandante:

> "Tales fallas y omisiones fueron esgrimidas ante los funcionarios de Trabajo, quienes se limitaron, el primero a decir que dichos trabajadores en el momento de la elección de su nueva Junta Directiva, realizada mediante asamblea general de fecha 12 de abril de 1986, seguían siéndolo, hasta el 14 de abril del mismo año y acepta como surtida la notificación al representante legal del patrono en ésta última fecha, considerando erróneamente como un indicio el hecho de presentarse posteriormente la impugnación a la conformación de la nueva Junta Directiva; Y, el segundo, quien no compartió el criterio de apreciación de la funcionaria a —quo en lo referente al término dentro del cual se deben dar las comunicaciones, tanto al Inspector de Trabajo como al empleador, sobre los cambios en la Junta Directiva, pero no revisó suficientemente la providencia atacada en este punto y relacionada con el hecho de que el marconigrama solamente fue recibido hasta el 6 de mayo de 1986.
>
> En tales condiciones, son ostensibles las violaciones a las normas sustanciales atrás indicadas, lo que llevará seguramente a que esa H. Corporación declare la nulidad de los datos (sic) impetrados y ordene el

restablecimiento del derecho, todo de acuerdo con lo solicitado en el capítulo de las pretensiones de la demanda". (folio 34).

En el escrito demandatorio se solicitó además, la suspensión provisional de los actos impugnados (folios 36 y 37), la cual no se decretó acorde con auto de junio 20 de 1988 (folios 67,68 y 69).

La señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, conceptuó que no se debe acceder a las súplicas de la demanda, anotando que el libelo está antitécnicamente presentado, pues no se cumplió con lo estatuido en el artículo 137, ordinal 4 del C.C.A. que establece que se deben señalar las normas violadas y el concepto de la violación; que no se individualizaron los comentarios de violación de cada cargo y por la forma como está propuesto este capítulo se hace necesario interpretar la demanda para darle una correcta aplicación; que en estricto rigor el libelo no reúne los requisitos exigidos por el mencionado código, produciéndose así la ineptitud del mismo que con el fin de no sacrificar el derecho, por los formalismos es procedente estudiar el fondo del asunto; que en el caso sub-judice los miembros del sindicato al momento de hacer la elección de la Junta Directiva cumplían con los requisitos legales; que el hecho de que posteriormente a la expedición del acto principal ya no pertenecían a la entidad no le quita validez al acto que fue proferido según las disposiciones y supuestos fácticos vigentes en dicho momento; que por consiguiente no hubo violación del artículo 388 del Código Sustantivo del Trabajo.

Y en cuanto a la nulidad relacionada con la violación del los artículos 371 y 363 del comentado código, manifiesta la agencia del Ministerio Público en el concepto aludido lo siguiente:

> "El acto acusado principal afirma que el Presidente y Secretario de la Junta Directiva del Sindicato no dieron cumplimiento al artículo 371 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con la comunicación al patrono sobre la conformación de la Junta Directiva del Sindicato,; pero la corporación tuvo conocimiento por el informe que le hiciera el Ministerio dando cumplimiento al artículo 362 ibídem.
>
> Opina la Fiscalía, que aunque la irregularidad existió, no produce la nulidad del acto, simplemente lo hace ineficaz, pero como la demandante a raíz del telegrama mencionado impugnó la inscripción y posteriormente interpuso los recursos oportunamente, se notificó por conducta concluyente subsanando la irregularidad de la notificación. Si esto no fuere aceptable vale la pena mencionar que el telegrama que hace alusión el acto acusado que resolvió la apelación, fue recibido por la Universidad Libre, y como la norma dice que debe ser mediante comunicación, se presume que se surtió en la forma ordenada, artículo 363 Código Sustantivo del Trabajo". (folios 113 y 114).

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 los siguientes actos administrativos impugnados por la universidad Libre, a través de apoderado:

- Resolución No. 0348 de junio 12 de 1986 proferida por la Inspectora Octava de la Sección de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social y Cundinamarca, mediante la cual al resolverse una petición se desestima la impugnación presentada por la Universidad Libre contra la elección de la nueva Junta Directiva del sindicato de esta institución universitaria hecha en asamblea general realizada el día 12 de abril del citado año, se inscribe a los miembros de dicha Junta y se ordena a través del archivo especializado de la División de Relaciones Colectivas la correspondiente inscripción.

- Resolución No. 0554 de agosto 19 de 1986 expedida por la misma funcionaria que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución y a través de la cual confirma en todas sus partes la resolución No. 0348 de junio 12 de 1986 y concede ante el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas el recurso de apelación interpuesto contra este acto administrativo.

- Resolución No. 292 de mayo 8 de 1987 dictada por este funcionario que resuelve el mencionado recurso y confirma así mismo la resolución No. 0348 de junio 12 de 1986.

A pesar de que el escrito demandatorio en verdad carece de técnica jurídica, razón por la cual, a primera vista pareciera que no cumple con las exigencias previstas en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, como lo anota la agencia del Ministerio Público en su concepto, lo cierto es que interpretando la demanda, se pretende en este asunto la nulidad de los referidos actos administrativos por cuanto se desconocieron los preceptos pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo, citados como infringidos en el libelo, relacionados con los requisitos para los miembros de la Junta Directiva de la organización sindical de la Universidad Libre personas que no trabajaban en esta institución docente al momento de comunicarse la elección, y en virtud de que no se cumplió el requisito legal de la comunicación al patrono del cambio total o parcial en la junta directiva del sindicato señalado en dicho código y en el decreto 1469 de 1978.

Así las cosas, la Sala considera que en el caso sub-judice no se configura la inepta demanda que haría improcedente un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la parte actora, como lo insinúa la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en el concepto de fondo.

Dilucidado lo anterior, se procederá a examinar la viabilidad de las súplicas formuladas en el escrito demandatorio.

En auto de junio 20 de 1988 (folios 67,68 y 69) que negó la suspensión provisional de los actos acusados por la parte demandante se expresó lo siguiente:

> "El primer ataque de la demanda se hace consistir en que para formar parte de la Junta Directiva de un sindicato de base se requiere ser trabajador

de la empresa, lo cual no ocurre en el presente caso, como lo demuestra el hecho de que las personas que integran la directiva sindical adelantan juicios de fuero sindical contra la Universidad demandante.

Al respecto se advierte que si bien es cierto que las pruebas aportadas acreditan la terminación del contrato de trabajo de seis de los integrantes de la Junta Directiva Sindical, esta circunstancia no es demostrativa de que los actos acusados hubieran quebrantado el artículo 388 del C.S.T., en razón de que su aplicación conduce a tener por válido el acto electoral sindical cuando "en el momento de la elección" el contrato de trabajo está vigente, aunque, posteriormente, como sucedió en este caso, el patrono termine unilateralmente el contrato.

No se aprecia, en consecuencia, la violación manifiesta alegada".

Como lo dice la citada providencia, la Junta Directiva cuestionada fue elegida el 12 de abril de 1986 y los despidos de algunos de los trabajadores elegidos como miembros de la Junta Directiva del sindicato se produjeron el 14 de abril del mismo año, por lo que no se ha dado en el caso *sub-examine* violación del artículo 388 literal c) del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, según consta en la resolución 348, de la inspección Octava de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Ministerio del Trabajo al expediente de la impugnación de la elección, fueron aportados una comunicación del presidente de Sintraul dirigida al representante legal de la universidad de fecha 14 de abril de 1986, haciéndole conocer la designación de la junta, que fue firmada por testigos con la constancia de que el mencionado representante legal se negó a firmar y otra en el mismo sentido y de la misma fecha, suscrita por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas del Ministerio firmada por un agente de Policía que también hizo constar la negativa de la universidad a recibirla.

De manera que, el planteamiento de la parte acora de que los miembros de la Junta Directiva del sindicato de la universidad no tenían la calidad de trabajadores al momento de comunicarse la elección, para sustentar la ilegalidad de los actos acusados, es un hecho que no aparece probado. Por el contrario, lo que aparece evidente según la mencionada resolución es que la universidad eludió la comunicación sobre la elección de la directiva para acudir al fácil expediente de dar por terminado el contrato de trabajo de cinco de sus miembros, desconociéndose así el derecho de asociación sindical al desintegrar la Junta Directiva y entorpecer de esta manera el normal funcionamiento de la organización del sindicato.

En estas condiciones carecen de fundamento las razones de impugnación expuestas por la actora y por ello, se negará la nulidad por ella impetrada.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda presentada por la Universidad Libre.

Cópiese, Notifíquese y Comuníquese

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REGISTRADOR SECCIONAL DE INSTRUMENTOS

El Decreto 1577 de 1979 señala como requisitos mínimos para el ejercicio del empleo de Registrador Seccional Código 5010 grado 20, que ocupaba el actor, los establecidos en el artículo 155 del Decreto 950 de 1970. Esta disposición determina que para ser notario en los círculos de tercera categoría, además de las exigencias generales, se requiere alternativamente: 1a.) Ser Abogado Titulado; 2o.) No siendo abogado, haber sido notario por espacio no inferior a dos años, o tener experiencia judicial, notarial o registral por espacio no menor de cinco años. Así mismo el artículo 14 del Decreto 1577 de 1979 consagra en materia de requisitos las equivalencias que pueden darse, entre ellas, 1a. de un año aprobado de educación superior por tres años de experiencia y viceversa.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 3246. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: *Armando Garzón López*

La Superintendencia de Notariado y Registro mediante apoderada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 6 de marzo de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

LA DEMANDA

Se solicitó en la demanda la nulidad de las resoluciones Nos. 0086 de 15 de enero de 1985, 0878 de 11 de marzo y 0945 del día 14 del mismo mes y año, mediante las cuales, respectivamente, se desvinculó al actor del cargo de Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de la ciudad de Armero por haber sido designado en su reemplazo el señor Gustavo Rodríguez Ramírez, se confirmó el nombramiento de éste en dicho empleo y se aclaró el artículo 1 de la primera de las resoluciones mencionadas en cuanto al segundo apellido del señor Rodríguez.

Como disposiciones violadas el libelo cita, entre otras, los artículos 141, 153 del decreto 960 de 1970 y 2,16,17,20,20 y 62-2 de la Constitución Política anterior (folios 16 a 20 ibidem).

El concepto de violación hace referencia a que el señor Gustavo Rodríguez Ramírez no acreditó los requisitos para ser nombrado en propiedad y confirmado como Registrador de Instrumentos Públicos de la ciudad de Armero; que así las cosas el Superintendente de Notariado y Registro no sólo violó el art. 141 del decreto 960 de 1970, sino que dictó el acto confirmatorio posteriormente aclarado con falsa motivación, por haber aludido a la referida norma y por tener como demostrado por el señor Rodríguez Ramírez los requisitos establecidos en el artículo 153 del comentado decreto; que a pesar de que al demandante se le había vencido su período, tenía derecho a ser reemplazado de conformidad con la ley.

LA SENTENCIA

El tribunal accedió a las súplicas de la demanda (folios 288 a 297 ibidem).

El *a-quo* expresó que, en el caso *sub-judice*, acorde con la documentación aportada al proceso para la confirmación del nombramiento del señor Gustavo Rodríguez Ramírez, éste no reunía las calidades exigidas para dicho fin, según lo estatuido en el artículo 154 del decreto 960 de 1970, puesto que el citado señor no era abogado titulado y no contaba con experiencia notarial, registral o judicial o haber sido profesor universitario en derecho o haber ejercido la profesión de abogado con buen crédito; que el demandante dada su experiencia registral, por un término superior al exigido en la referida disposición, ameritaba su permanencia en el empleo y, por consiguiente, en este asunto no primó el buen servicio; que el actor tenía derecho a demandar en acción de restablecimiento del derecho, ya que se sentía lesionado en su permanencia en el cargo, hasta cuando fuera reemplazado en legal forma, no obstante su investidura se tornara precaria; que el demandante tenía igualmente derecho a demandar el acto de elección de la persona que lo reemplazó en el empleo que ocupaba, a través de la comentada acción; que en consecuencia el actor a pesar de encontrarse en interinidad, tenía derecho a ser reemplazado debidamente, por lo que resulta procedente el restablecimiento de su derecho y a que le sean pagados todos los sueldos dejados de devengar desde cuando hizo dejación del cargo hasta cuando sea sustituido legalmente.

LA APELACION

Afirma el apelante que el cargo en que se designó al señor Rodríguez Ramírez no fue el de notario de segunda categoría sino el de Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de Armero; que el a-quo sin soporte jurídico le señaló a este empleo los requisitos de notario de segunda categoría; que el Tribunal en la sentencia transcribe de manera incompleta el artículo 60 del decreto 1250 de 1970; que el inciso 2o. de esta norma establece que para ser registrador de capital de intendencia o comisaría o registrador delegado se exigen los mismos requisitos consagrados en los artículos 132 y 154 del decreto 960 de 1970 para los notarios de segunda categoría; que por ende en este asunto el a-quo aplicó al empleo de Registrador Seccional de Armero iguales requisitos que se exigen para ser registrador de instrumentos públicos de capital de intendencia o comisaría o registrador delegado, los cuales son diferentes; que las calidades para desempeñar el cargo de registrador seccional son las establecidas en el artículo 155 del decreto 960 de 1970, correspondientes a las de notario de tercera categoría, puesto que así lo dispone el artículo 12 del decreto 1577 de 1979; que en estas circunstancias el señor Rodríguez Ramírez acreditó mediante constancia expedida por la Universidad Libre, la terminación de estudios atenientes a la carrera de derecho; que en estas condiciones los tres años de experiencia judicial, notarial o registral que exige el artículo 155 del decreto 960 de 1970, cuando la persona es bachiller, se pueden compensar con un solo año de educación superior; que de tal forma si se acreditaron cinco años de educación superior es lógico concluir que el señor Rodríguez Ramírez reunía y en exceso los requisitos para ser nombrado y confirmado en el cargo de registrador seccional de instrumentos públicos; que finalmente es preciso tener en cuenta que por resolución No. 5044 de 23 de diciembre de 1985 la Superintendencia de Notariado y Registro nombró al Señor Armenio Mateus en reemplazo del señor Rodríguez Ramírez quien desapareció en virtud de la catástrofe causada por el volcán Nevado del Ruíz ocurrida en noviembre 13 de 1985; que por dicha razón perdieron vigencia las resoluciones acusadas en este proceso al designarse como registrador de la ciudad de Armero a un nuevo funcionario, por lo que en caso de ser anulados estos actos no podrían reintegrarse al actor, ya que aquella resolución no ha sido objeto de impugnación y el pago de salarios y prestaciones sociales sólo tendría lugar por el período en que estuvieren vigentes las resoluciones enjuiciadas (folios 322, 323 y 324 íbidem).

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que el fallo apelado debe ser revocado y, en su lugar proferirse sentencia que deniegue las súplicas impetradas en el libelo, puesto que en el caso sub-judice, de conformidad con lo estatuido en el artículo 12 del decreto 1577 de 1979 que establece que los requisitos mínimos para ocupar el empleo de registrador seccional son los señalados en el artículo 155 del decreto 960 de 1970, el señor Rodríguez Ramírez, quien no tenía la calidad de abogado titulado, sí cumplía realmente con las calidades requeridas para el desempeño del cargo, según las pruebas documentales aportadas al proceso (folio 342 y 343 *ibídem*).

Admitido el recurso de apelación por auto de septiembre 8 de 1988 (folio 330 ibídem), 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 coincide con la agencia del Ministerio Público en que la sentencia de 6 de marzo de 1987 proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo del Tolima amerita ser revocada y, que en su lugar, procede denegar las súplicas impetradas en el libelo, por las razones que se exponen a continuación:

El decreto 1577 de 1979 señala como requisitos mínimos para el ejercicio del empleo de Registrador Seccional Código 5010 grado 20, que ocupaba el actor, (folio 102) los establecidos en el artículo 155 del decreto 960 de 1970. Esta disposición determina para ser notario en los círculo de tercera categoría, además de las exigencias generales se requiere alternativamente:

1a) Ser abogado Titulado

2o) No siendo abogado, haber sido Notario por espacio no inferior a dos años, o haber completado la enseñanza secundaria o normalista y tenido práctica judicial, notarial o registral por término de tres años, o tener experiencia judicial, notarial o registral por espacio no menor de cinco años.

Asimismo, el artículo 14 del decreto 1577 de 1979 consagra en materia de requisitos las equivalencias que pueden darse, entre ellas, las de un año aprobado de educación superior por tres años de experiencia y viceversa.

En el caso *sub-lite*, el señor Gustavo Rodríguez Ramírez, quien reemplazó al demandante en el cargo que desempeñaba, acreditó ser bachiller (folios 65 y 254 cdno. ppal), haber culminado estudios de derecho (folios 49 y 61 ibídem) y contar con licencia temporal para el ejercicio de la profesión de abogado (folios 52 y 60 ibídem).

Así las cosas, debe concluirse que sí reunía los requisitos necesarios para desempeñar el cargo de Registrador Seccional Código 5010-grado 20, según el ordinal segundo del artículo 155 del decreto 960 de 1970, pues siendo bachiller podía compensar la experiencia con la educación superior acreditada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 1577 de 1979.

Finalmente, en cuanto a lo planteado en la adición de la demanda (folios 198,199 y 200 cdno. ppal.) sobre la convocatoria a concurso para ingreso al servicio registral, consta a folio 264 certificación de la Secretaría del Consejo Superior de la Administración de Justicia, de conformidad con la cual no se convocó a concurso para proveer plazas de registradores seccionales de instrumentos públicos en todo el país en el año de 1984 y que no existió acuerdo del citado Consejo para la provisión en todo el país en el año de 1984 y que no existió acuerdo del citado consejo para la provisión del empleo de Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de Armero, circunstancias éstas a las que alude la apoderada de

la superintendencia de Notariado y Registro en escrito que obra a folios 240 y 241, por lo que no pudo haber sido violado con los actos administrativos enjuiciados acuerdo alguno sobre el particular.

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. Revóquese la sentencia apelada de 6 de marzo de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso incoado por el señor Armando Garzón López en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 0086 de 15 de enero, 0878 de 11 de marzo y 0945 del día 14 de marzo, de 1985 expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro.

En su lugar dispone:

2o.) Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INTERLOCUTORIOS/RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION- Improcedencia

Consagra el artículo 185 del C.C.A. que "el recurso extraordinario de revisión procederá contra las sentencias ejecutoriadas, dictadas por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos". Significa lo anterior, que los autos interlocutorios no pueden ser objeto de revisión y por ende, el recurso en este caso interpuesto, no es procedente.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Diciembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 7494. R. REVISION. Actor: *Julio Santander Márquez*

1. Se le reconoce personería al abogado Joaquín Rivas Meléndez, como apoderado de Julio Santander Márquez.

2. Para resolver sobre el trámite del recurso extraordinario de revisión interpuesto, se considera:

a) El recurso en mención, conforme a escrito recibido el 2 de octubre de 1992, promovido por Julio Santander Márquez, se formula contra las providencias de mayo de 1990 y agosto 24 del mismo año, dictadas por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

b) Las providencias, objeto del recurso de revisión, corresponden a dos autos interlocutorios, el primero que inadmite la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al revisante, y la segunda que le desestima los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la primera determinación.

c) Consagra el artículo 185 del C.C.A., que "el recurso extraordinario de revisión procederá contra las sentencias ejecutoriadas, dictadas por el Consejo de Es-

tado y por los Tribunales Administrativos". Significa lo anterior, que los autos interlocutorios no pueden ser objeto de revisión y por ende, el recurso en este caso interpuesto, no es procedente.

Por lo expuesto, se dispone:

Rechazar por improcedencia el recurso extraordinario de revisión elevado por Julio Santander Márquez contra los autos de mayo 16 y agosto 24 de 1990, proferidos por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Joaquín Barrreto Ruiz

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

SUSTRACCION DE MATERIA

Respecto del juzgamiento de un acto concreto en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y cuando con él no se vulnera ningún derecho particular, ha admitido la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda la viabilidad de la figura de la sustracción de materia.

DECLARA LA NULIDAD de la Circular 011 MDJPS-177 de 6 de noviembre de 1981 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional sobre reajustes pensionales con base en el Decreto 610 de 1977.

REAJUSTE PERSONAL/ULTIMO AÑO DE SERVICIO

Comparados los artículos 1o. de la Ley 4a. de 1976 y 101 del Decreto Ley 610 de 1977, normas sobre las cuales se fundamentó la interpretación de las circulares, se concluye que dichos preceptos legales son similares y que la diferencia en el contenido de las circulares refleja simplemente un grado de interpretación sobre lo que debe entenderse por "año inmediatamente anterior. La Sala estima que como los artículos 1o. de la Ley 4a. de 1976 y 101 del Decreto Ley 610 de 1977, son similares, los supuestos de hecho que dichas normas regulan igualmente deben tener un mismo alcance por lo que se deberá entender que su interpretación y aplicación deberá ser semejante.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 2972. Actor: *Nadin Ospina Morales*. RESOLUCIONES MINISTERIALES

NADIN OSPINA MORALES, en ejercicio de la acción pública de nulidad solicita se declare nulo el Concepto No. 011/MDJPS-177 de 6 de noviembre de 1981, sobre reajustes pensionales de la ley 4 de 1976, originario de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

Como hechos en que fundamenta su solicitud expresa que el acto acusado contraría la circular 0011 de 10 de febrero de 1978 del Ministerio del Trabajo y la sentencia del Consejo de Estado de 21 de Octubre de 1980 mediante la cual se declaró conforme a derecho esta circular. Señala que los reajustes pensionales correspondientes a partir del primero de enero de 1978 deberán efectuarse tomando el salario mínimo legal más alto vigente a 31 de Diciembre de 1976 en relación con el vigente a 31 de Diciembre de 1977 y no tomando en cuenta las variaciones presentadas entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre de 1977.

Señala el actor que la circular del Ministerio del Trabajo y el fallo del Consejo de Estado expresan que el reajuste para el año de 1978, debe ser una suma fija de $390 y una cantidad equivalente al 25% de su valor mensual en 1977, mientras que el Ministerio de Defensa lo plantea apenas en un 16.10% y una suma fija de $285.

Aunque el Ministerio de Defensa confirió poder para estar representado en el proceso, no contestó demanda. Sin embargo se opuso a las pretensiones del actor en el término de traslado para alegar de conclusión.

Expresa el Ministerio de Defensa que aunque las circulares y oficios que emiten las oficinas jurídicas solo tienen una función orientadora, dicho Ministerio aplicó como factores de reajuste una suma fija de $285.oo más un porcentaje de 16.10% obtenidos de restar al salario mínimo vigente a 31 de Diciembre de 1977 el que regía a primero de enero del mismo año respetando el concepto de anualidad pronunciado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de octubre de 1981, expediente 8211, con ponencia del Dr. JUAN HERNANDEZ SAENZ, cuyo aparte pertinente transcribe.

En apoyo de esta afirmación, señala que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 177711 del 5 de julio de 1982, expresó su conformidad con el fallo de la Corte Suprema de Justicia.

El actor reitera sus argumentos y agrega que el Ministerio de Defensa emitió una nueva circular informativa mediante la cual se le comunica al personal civil pensionado "que se procederá a reajustar sus pensiones acogiendo el contenido de la circular 0011 del Ministerio del Trabajo, circunstancia que desde luego es favorable a los intereses de dicho conglomerado", y que a su vez le da razón a sus pretensiones.

El **Fiscal Cuarto** del Consejo de Estado considera que "debe producirse fallo inhibitorio frente a la sustracción de materia puesta en evidencia por el mismo actor, máxime cuando la rectificación de criterio de la administración de consulta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado sobre el particular y tratándose, como se trata de un acto de carácter general; pues si estuviéramos en presencia de un acto de carácter particular o subjetivo sí se ameritaría un pronunciamiento de fon-

do a pesar de que hubiese sido revocado habiendo producido ya efectos jurídicos contrarios a derecho.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La Sala plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 14 de enero de 1991 con ponencia del Dr. CARLOS GUSTAVO ARRIETA, expediente S-157, sobre la figura de la sustracción de materia cuando se ejercita la acción de nulidad contra un acto de carácter general, estimó que a pesar de que haya sido derogados los actos acusados es necesario el pronunciamiento de legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general, pues solamente así se logra el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada.

2) La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en varios fallos ha sostenido igual criterio. Sin embargo, respecto del juzgamiento de un acto concreto en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y cuando con él no se vulnera ningún derecho particular, ha admitido la viabilidad de la figura de la sustracción de materia.

3) Por consiguiente, como en el presente caso se trata del ejercicio de la acción pública de nulidad sin restablecimiento del derecho y respecto de un acto de carácter general, la Sala estima que el pronunciamiento debe ser de fondo y no inhibitorio como lo propone el Fiscal Cuarto.

4) El Ministerio de Defensa Nacional consideró que la circular del Ministerio del Trabajo expedida con base en la ley 4 de 1976, no era aplicable en dicho sector porque el artículo 101 del Decreto Ley 610 de 1977 regulaba en forma especial el reajuste anual de pensiones para los empleados públicos de dicho Ministerio y de la Policía Nacional, aún cuando ambas disposiciones eran similares.

5) La diferencia entre la circular del Ministerio de Trabajo y la circular del Ministerio de Defensa consiste en que para efectuar el reajuste en el año de 1978, aquel Ministerio tomó los aumentos del salario mínimo legal más alto entre el 31 de diciembre de 1976 y el 31 de diciembre de 1977, y en cambio el Ministerio de Defensa tuvo en cuenta el salario mínimo existente entre el primero de enero y el 31 de diciembre de 1977 que dados los reajustes producidos en estos espacios de tiempo arroja un valor diferente, pues uno era el valor del salario entre el 31 de diciembre de 1976 y el primero de enero de 1977, y otro entre el primero de enero de 1977 y el 31 de diciembre de este mismo año.

6) Los Artículos 1o. de la Ley 4 de 1976 y 101 del Decreto Ley 610 de 1976, en su parte pertinente dicen:

> "Art. 1o.: Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: don una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual más alto, se procederá así: se hallará el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida separadamente entre los promedios de los salarios asegurados de la población afiliada al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y a la Caja de Previsión Social entre *el 1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior*". (se subraya)

Artículo 101: "**Reajuste de pensiones**, Las pensiones de jubilación, invalidez, retiro por vejez y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este estatuto, se reajustarán de oficio cada año en la siguiente forma, a partir del 1o. de enero de 1976, cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: Con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal mensual más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal mensual, más alto, éste último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando hay transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá asó: Se hallará el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida entre los promedios de los salarios asegurado de la población afiliada a la Caja de Previsión Social, entre *1o. de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior*". (se subraya)

7) Comparados los artículos 1o. de la Ley 4 de 1976 y 101 del Decreto Ley 610 de 1977, normas sobre las cuales se fundamentó la interpretación de las dos circulares, se concluye que dichos preceptos legales son similares y que la diferencia en el contenido de las circulares refleja simplemente un grado de interpretación sobre lo que debe entenderse por "año inmediatamente anterior". Sobre estos criterios la circular del Ministerio de Defensa, expresa lo siguiente:

"6.- Interpretación Artículo 101.

La diferencia entre la circular y la posición hasta el momento adoptada por el Ministerio de Defensa para obtener el reajuste respectivo, consiste en el concepto sobre el año inmediatamente anterior. (...).

"En este orden de ideas, preciso es concluir, que la forma como el Ministerio ha venido liquidando los reajustes pensionales se halla en un todo

ajustada a Derecho, y en consecuencia, el reajuste propuesto a partir del 1o. de enero de 1978 no debe llevarse a efecto, ya que éste surge de la interpretación dada por el Ministerio del Trabajo quien tomó para efectuarlo el salario mínimo regional más alto vigente a 31 de diciembre de 1976, con el salario mínimo vigente a 31 de diciembre de 1977, cuando esta operación ha debido surgir de las variaciones presentadas entre el 1o. de enero 31 de diciembre de 1977.

Se advierte además que el salario mínimo a 31 de diciembre de 1976 sirvió de referencia para el reajuste de 1977".

8) La Sala estima que como los artículos 1o. de la Ley 4 de 1976 y 101 del Decreto Ley 610 de 1977, son similares, los supuestos de hecho que dichas normas regulan igualmente deben tener un mismo alcance, por lo que se debe entender que su interpretación y aplicación deberá ser semejante, y como se estima que lo dicho en sentencia de 21 de octubre de 1980 guarda plena vigencia, deberá acogerse lo dicho en ese fallo, como fundamento para hacer un pronunciamiento de esa oportunidad esta Sala:

... es evidente que cuando la ley ordena reajustes anuales a partir del 1o. de enero las alternativas que para dichos reajustes presentan los incisos 2o. y 3o. del artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976 se refieren *a la anualidad inmediatamente anterior*, pues no es concebible que dichas alternativas operen en el mismo año en que deben reajustarse (sic) las pensiones a partir del 1o. de enero, pues ello conduciría a que los incrementos pensionales sólo podrían determinarse el 31 de diciembre del respectivo año, fecha en que se sabía sí han ocurrido aumentos en el salario mínimo legal más elevado o sí, por el contrario, habría que aplicarse la segunda alternativa, o sea, la de determinar el valor del incremento en el nivel general de salarios registrado durante los últimos doce meses. Para este evento el inciso 3o. establece claramente que el incremento en el nivel general de salarios de medirse entre el 1o. y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y es incuestionable que para la primera alternativa deben también incluirse todos los aumentos del salario mínimo legal más alto que hubieren ocurrido desde el 1o. de enero al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, *lo que se obtiene, como lo hizo la Oficina Jurídica en la circular acusada, tomando los salarios mínimos vigentes en 31 de diciembre de uno y otro años anteriores al 1o. de enero* en que debe operar el reajuste pensional". (se subraya)

Cabe señalar que esta Sala se ha pronunciado en términos parecidos en otros fallos, de los cuales cabe señalar el fallo de 27 de julio de 1992, expediente 4684, con ponencia del DR. JOAQUIN BARRETO RUIZ, en uno de cuyos apartes se dijo lo siguiente:

"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 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% mas $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., según el cual "El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: *DECLARASE LA NULIDAD DE LA CIRCULAR No. 011 MDJPS-177 DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1981, PROFERIDA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL SOBRE REAJUSTES PENSIONALES CON BASE EN EL DECRETO LEY 610 DE 1977.*

SEGUNDO: En firme este proveído, archívese el expediente.

COPIESE,COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESUPUESTO NACIONAL/PRESTACIONES SOCIALES/PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD

La ley ha consagrado el principio de la inembargabilidad tanto de los dineros oficiales para el pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, como de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, en los términos descritos por las Leyes 15 de 1982 y 38 de 1988, pero esta última ley como el Decreto Extraordinario 2282 de 1989, modificatorio del artículo 336 del C. de P. C., consagran además la posibilidad de que la Nación pueda ser ejecutada, pero en los términos del artículo 177 del C.C.A.. El artículo 5o. del Decreto 221 de 1986, al expresar que los recursos destinados para el pago de las prestaciones sociales del sector docente, son inembargables de acuerdo con la Ley 15 de 1982, no hace otra cosa que reiterar el principio que consagró el legislador y por lo tanto se ajusta a la ley. Igualmente, cuando el artículo acusado expresa que las deudas por concepto de prestaciones sociales que resulten de acciones judiciales, son de cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión, afirma algo que es cierto y que debe ser así, pero sin perjuicio de que ellas pueda ser perseguidas ejecutivamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A. lo cuál tampoco es contrario a la ley.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 3320. ACTOR: A*maury Hernández García.* ACCION DE NULIDAD

AMAURY HERNANDEZ GARCIA, en ejercicio de la acción de simple nulidad, solicita se declare nulo el Artículo 5o. del Decreto Reglamentario 221 de 1985 "en cuanto establece que las deudas por concepto de prestaciones sociales resultantes de acciones judiciales, no pueden dar lugar al embargo de los recursos que se refiere el Artículo 1o. de dicho decreto".

Como normas violadas citas las siguientes Artículos: 17 de la C.N. (1886), 1o. de la ley 15 de 1982 y el artículo 4o. del Decreto 3040 de 1982.

Conceptúa que la violación se produce por los siguientes motivos:

1) Del Artículo 17 de la C. N., por cuanto el titular de las prestaciones sociales no puede embargar los recursos de su deudor contrariando el principio de que el trabajo gozará de la especial protección del Estado.

2) Del Artículo 1o. de la ley 15 de 1982, interpretándolo con el artículo 17 de la Constitución y del principio general de que la inembargabilidad se establece en beneficio del acreedor más débil, por cuanto no se puede concluir que el acreedor de las prestaciones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, "no pueda acudir al embargo de esos fondos, si por cualquier circunstancia requiere exigirlas ejecutivamente".

3) Del Decreto 3040 de 1982, por aplicación indebida, por cuanto en este decreto no existe, ninguna norma que autorice la inembargabilidad de la totalidad de unos recursos, "pues bien podría ser que ellos se encuentren dentro del porcentaje de la renta bruta, que la ley permite embargar".

El actor, en el término del traslado para alegar de conclusión, no presentó alegato de conclusión.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, luego de analizar, las disposiciones legales y el concepto de violación que el actor manifiesta fueron vulnerados, conceptúa que no se debe acceder a la solicitud de nulidad del artículo 5o. del Decreto 221 de 1986.

En uno de sus apartes, la Fiscalía, expresa:

> "A juicio de este Despacho el artículo 5o. del Decreto 221 de 1986 no viola ninguna de las normas citadas en la demanda, pues analizando su contenido lo único que se hace es determinar que los bienes a los cuales se refiere ese Decreto también son inembargables, y de conformidad con la Ley 15 de 1982 y el Decreto 3040 de 1983.
>
> Además, no se ha desconocido el derecho de los acreedores de prestaciones sociales, pues ellos bien pueden hacer efectivas sus acreencias, más aún en el artículo 1o. de la Ley 15 de 1982 se determina que los dineros para esos pagos son inembargables y que deben manejarse en cuenta especial, y en la norma acusada se dispone que las deudas por tal concepto serán de cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión Social Seccional".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) El Decreto 221 del 21 de enero de 1986, reglamentario de la ley 43 de 1975 fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República, por los numerales 3o. y 11 del artículo 120 de la Constitución Nacional de

1886, y que hoy se encuentran atribuidas a éste mismo funcionario, en los numerales 11 y 20 del Artículo 189 de la Constitución Política de 1991.

2) La Ley 43 de 1975 por medio de la cual se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando las entidades territoriales, regula que las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que se nacionalizan, serán atendidas en adelante, por la Nación, y las Cajas de Previsión Seccionales o las entidades que cumplan tales funciones.

Por consiguiente, entre la norma acusada y la ley que se reglamenta, existe relación de causalidad, y por éste motivo, no hay reparo de ninguna naturaleza.

3) Para mayor ilustración del debate procesal, se transcriben los siguientes preceptos:

"a) "Artículo 1o. de la Ley 15 de 1982:

Los dineros oficiales para el pago de *pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte son inembargables*; deberán manejarse en cuenta especial y no pueden ser en ningún caso trasladados o llevados a cuenta distinta, así sea transitoriamente".

(se subraya)

Artículo 2o.:

"La norma anterior rige para todas las dependencias oficiales del orden nacional, departamental, municipal, del Distrito Especial y de los Institutos Descentralizados y de Economía Mixta, todos los cuales deberán constituir una cuenta especial, para el manejo de estos fondos, denominada "Cuenta de pensionados de jubilación, vejez, invalidez y muerte".

4) Artículo 4o. del Decreto Reglamentario 3040 de 1982:

"Por el cual se dictan disposiciones tendientes al exacto recaudo y administración de las rentas y caudales públicos.

4o. 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 hay incurrido imputables a dichos ingresos, tales como gastos de administración, recaudo, etc.

5) El Artículo 5o. del Decreto 221 de 1986, norma acusada, expresa:

"De conformidad con la ley 15 de 1982 y el Decreto 3040 de 1983, los recursos a que se refiere este decreto son inembargables; por tanto, las deudas por concepto de prestaciones sociales resultantes de acciones judiciales serán a cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión Social Seccional, según el criterio establecido en el artículo 3o. del presente decreto".

6) Es incontrovertible que conforme a la ley, los dineros que se destinen para el pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, no son embargables.

7) El reglamento, por estar dirigido a lograr la cumplida ejecución de la ley, no puede interpretarse ni aplicarse independientemente de ella, precisamente porque con él se desea obtener su "cumplida ejecución". En este sentido deberá examinarse la acusación del acto demandado.

8) La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 23 de agosto de 1982 con ponencia del DR. LUIS CARLOS SACHICA, declaró exequible la ley 15 de 1982, por considerar entre otras cosas, que la inembargabilidad está orientada a proteger estas prestaciones sociales, y en ningún caso se vulnera el artículo 17 de la Constitución Nacional de 1886. Dijo esa alta Corporación lo siguiente:

> "Tampoco es fundada la tacha de que la inembargabilidad que establece la ley 15 resta efectividad al pago de las prestaciones de que se trata, como afirman los demandantes, ya que su significación es la contraria: separar en cuenta especial los fondos destinados a su pago, impedir traslaciones presupuestarias que los afecten o confusión con fondos ordinarios destinados a la atención de otras obligaciones estatales y, para mayor protección, prohibir su embargo, manteniéndolos líquidos y disponibles para el cumplimiento de las pensiones referidas".
>
> (...)
>
> "De lo anterior, resulta que carecen de fuerza las presuntas violaciones de los artículos 16 y 17 de la Constitución, ya que las disposiciones de la Ley 15 no desprotegen los bienes de los pensionados, ni afectan la garantía que debe darse al trabajo, ni menos desconocen derechos adquiridos, como sostienen los actores, al aseverar que hay infracción del artículo 30 de la Carta Política".

9) Como el actor plantea que se viola el Decreto Reglamentario 3040 de 1982, por cuanto en él, no existe disposición alguna que regule la inembargabilidad de la renta de las entidades territoriales, conviene expresar lo siguiente:

a) Es a la Ley a la que le corresponde establecer el principio de la inembargabilidad y no al reglamento, motivo por el cual no puede pretenderse que el acto acusado pueda violar el Decreto Reglamentario 3040 de 1982, porque éste no contempla dicho principio.

Sobre esta materia, dijo la Corte en sentencia de 22 de marzo de 1990:

> "...es de competencia del legislador, señalar qué bienes son inembargables, respetando desde luego los principios del debido proceso, que hace precisamente el artículo 16 de la ley 38 de 1989".

b) La aplicación del principio de inembargabilidad, rige tanto en el orden nacional como territorial, y por consiguiente, cuando un Decreto Reglamentario como el acusado, repite dicho principio, no puede afirmarse que es anulable porque al compararlo con otro reglamento, se observa que este no describe dicho principio.

Lo hasta aquí afirmado sería suficiente para no decretar la anulación pedida en el sub-lite.

10)A título de mera ilustración y solo para abundar en razones, la Sala recuerda que con posterioridad a la ley 15 de 1982, el legislador expidió la ley 38 de 1989, estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación, prescribiendo que la inembargabilidad constituye uno de los principios del sistema presupuestal, junto al de la planificación, la anualidad, la universalidad y la unidad de caja, entre otros.

El artículo 16 de la ley 38 de 1989, desarrolló el principio, pero no lo concibió en forma absoluta, pues prevé la posibilidad de que el cumplimiento de la obligación se obtenga mediante la ejecución forzada, previo trámite consagrado en el artículo 177 del C.C.A.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que declaró la exequibilidad de éste artículo, considera que esta ley no desampara los derechos de los acreedores de las entidades públicas, pues simplemente los sujeta a que se sometan a un procedimiento antes de su pago.

Dijo la Corte Suprema de Justicia, al respecto:

> "La expresa remisión que el artículo acusado hace al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 177 del Decreto 01 de 1984 y demás disposiciones legales concordantes, entraña la modificación del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil al permitir contra lo dispuesto en este texto, la ejecución de la Nación y de los establecimientos públicos de su órbita, previo el cumplimiento de actos compulsivos de tipo administrativo que la Administración debe adoptar según lo disponen los incisos 1o. y 2o. de esa disposición del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), como prolegómeno necesario para la instauración del proceso de ejecución".
>
> (...)
>
> "La efectividad frente a la Nación o frente a una de sus entidades, de cualquier otro título o documento que tenga la connotación de título ejecutivo según el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, se somete igualmente al trámite del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo que es aplicable analógicamente en esos eventos, ya que la *inembargabilidad absoluta* de las rentas *privaría* al acreedor del derecho de exigir ejecutivamente el cumplimiento de la obligación y despojaría a ésta de su aspecto coactivo o de responsabilidad patrimonial dado que la relación de "deuda", por el hecho de ser jurídica, lleva implícita la eventual satisfacción coactiva del interés del acreedor en el patrimonio del deudor que constituye la prenda general de los acreedores.
>
> Pero el término suspensivo contemplado en el inciso 3o. del artículo 177 del citado código, *no opera par la ejecución* de actos administrativos que reconozcan a un empleado, exempleado, trabajador, extrabajador, o beneficiario de alguno de ellos, un derecho salarial o prestacional, como prima, subsidio, seguro por muerte, auxilio de cesantía, *pensión* u otro beneficio laboral, pues es claro que deben existir las respectivas partidas presupuestales en la entidad que hace el reconocimiento, para atender el pago de ese salario, o derecho prestacional. En este caso el reconocimiento supone la

previa disponibilidad en el correspondiente presupuesto, de la respectiva partida.

En el ámbito de una confrontación estrictamente constitucional y por tanto ajena a valoraciones de conveniencia, como es de rigor para definir la exequibilidad de un precepto legal, es forzoso concluir entonces que *el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 no desconoce los preceptos constitucionales que amparan los derechos de los particulares acreedores de las entidades públicas; simplemente sujeta su pago a un procedimiento especial*" (se subraya)

De lo antes expuesto se concluye que la ley ha consagrado el principio de inembargabilidad tanto de los dineros oficiales para el pago de las pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte, como de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, en los términos descritos por las leyes 15 de 1982 y 38 de 1988, pero ésta última ley como el Derecho Extraordinario 2282 de 1989, modificatorio del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, consagran además la posibilidad de que la Nación pueda ser ejecutada, pero en los términos del artículo 177 del C.C.A.

De lo anterior, la Sala concluye que el artículo 5o. del Decreto 221 de 1986, al expresar, que los recursos destinados para el pago de las prestaciones sociales del sector docente, son inembargables de acuerdo con la ley 15 de 1982, no hace otra cosa que reiterar el principio que consagró el legislador y por lo tanto se concluye que se ajusta a la ley.

Igualmente, cuando el artículo acusado expresa que las deudas por concepto de prestaciones sociales que resulten de acciones judiciales, son de cargo de la Nación, de la entidad territorial o de la Caja de Previsión, afirma algo que es cierto y que debe ser así, pero sin perjuicio de que ellas puedan ser perseguidas ejecutivamente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., lo cual tampoco es contrario a al ley.

En estas condiciones, 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR AJUSTADO A LA LEY, EL ARTICULO 5o. DEL DECRETO REGLAMENTARIO 221 DE 1986

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

COPIESE, COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ORDENANZA-Publicación

La ordenanza demandada no solo se refiere a los poderes públicos sino que también es de gran interés e incidencia jurídica para los particulares y para los empleados oficiales en general, que como el Director de Tránsito Departamental podrían estar interesados tanto en su cabal cumplimiento como en impugnarla por estimar que ella no estaba en consonancia con la ley. Además la ley no diferencia entre ordenanzas que solamente se refieran a los poderes públicos y que en tales casos no deba ser necesaria su publicación y en ordenanzas que se refieran a los ciudadanos y entonces si deban ser publicadas para que entren a regir luego del término de treinta (30) días. Como la ley no diferencia esta clase de ordenanzas, no es dable hacerlo como lo pretenden el Departamento del Cauca para omitir el término legal señalado en el artículo 83 de Código del Régimen Departamental.

INSTITUTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DEPARTAMENTAL/ DIRECTOR-Requisitos/**DIRECTOR**-Elección **INSUBSISTENCIA**-Improcedencia.

Como el acto acusado, se expidió cuando aún la ordenanza No. 01 de 1986 no había entrado a regir, la designación del Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca, debía recaer en una persona que fuera titular de una profesión de Abogado, Ingeniero de Transportes o Ingeniero Civil, como lo prescribió el artículo 28 del Decreto 784 de 1979. En el proceso quedó establecido que el demandado no era titular de ninguna de las anteriores profesiones, pues él solamente se encontraba inscrito como "Contador público autorizado" pero en gracia de discusión y a mero título de ejercicio se llegará a estimar que tales requisitos no eran exigibles para el nuevo personal designado porque la ordenanza produjo sus efectos legales al momento de hacerse la designación, deberá advertirse que quedó probado en el expediente que el Director del INTRA no solicitó por escrito al Gobernador del Cauca, ni este suministró a aquel en la misma forma, la terna necesaria para la

previsión del Cargo de Director de Tránsito del Cauca, siendo ello necesario pues sin existir tales documentos era imposible analizar objetivamente tanto a nivel nacional como a nivel departamental, el lleno de los requisitos legales de cada uno de los candidatos, y en la misma forma, con este proceder se evitaba toda clase de control ciudadano sobre las actuaciones administrativas de las autoridades nacionales y locales sobre temas que le interesan a todos los administrados. La elaboración de la terna no podía constar en un acto eminentemente oral, pues requería el escrito, y por lo tanto las declaraciones rendidas no pueden suplir la elaboración de la terna por escrito conforme a lo antes expuesto y antes bien confirman la irregularidad en el procedimiento agotado.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., Diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 3820. ACTOR: *Jorge Hernán Domínguez Rodríguez.* AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 30 de agosto de 1989 y mediante la actual se declaró la nulidad de la Resolución No. 2474 de 10 de noviembre de 1986 de la Dirección General del Instituto Nacional del Transporte —INTRA—, por medio de la cual se designó al señor Otoniel Holguín David como Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca, cargo que venía desempeñando el señor Jorge Hernán Domínguez Rodríguez, parte actora en el presente proceso. La sentencia condenó solidariamente al Instituto Nacional de Transporte y al Departamento del Cauca a reintegrar al demandante al cargo mencionado o a otro de igual o superior categoría y a pagarle todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

Estas decisiones, las fundamenta el *a-quo*, básicamente en dos hechos a saber: el primero, consistente en que no se configuró la terna para hacer el nombramiento como lo exigía el reglamento, y en segundo lugar, por existir un móvil político.

Sobre éste último punto, dijo el tribunal: "El móvil político que prevaleció en la desvinculación del abogado Domínguez Rodríguez y en la designación del contador Holguín David aparece acreditado para la Sala en forma convincente y surge la persuasión de que esa motivación desviada fue la causa de la expedición irregular de las dos resoluciones referidas,: la primera en donde se equivocó de manera protuberante la denominación del cargo y la segunda, que por la aclaración del nombre del cargo, constituye el acto que en realidad produjo la desvinculación del actor y el nombramiento de su reemplazo".

Mas previamente a la adopción de tales determinaciones, el fallador de primera instancia señaló que no se había configurado la excepción de caducidad de la ac-

ción y de ineptitud de la demanda propuesta por la parte demandada. (folio 76 y 226)

En el escrito de apelación, el Departamento del Cauca aduce que se acumularon pretensiones que tienen origen diferente en la causa petendi, como son las de nulidad de la Resolución No. 2461 de 31 de octubre de 1986 de la Dirección del Instituto Nacional del Transporte que fue el acto administrativo que creó la situación jurídica individual, concreta y subjetiva denominado acto condición en favor de Henry Otoniel Holguín David y el oficio de 26 de noviembre de 1986 suscrito por el Secretario privado de la Gobernación del Cauca que es un acto de ejecución de la citada resolución. Igualmente, argumenta el recurrente que además de la Resolución 2474 a que se hizo referencia, por medio de la cual se subsanó el error cometido en la 2461, relacionado con la denominación del cargo que el señor Holguín David ocuparía, debió demandarse ésta última pues "Es claro para la doctrina y la jurisprudencia que dos resoluciones, tanto la 2461 como la 2474 integran un solo acto administrativo creador de una situación jurídica individual, concreta y subjetiva y por tal motivo la demanda debió comprender a ambas resoluciones. La segunda es un acto aclaratorio que no provenía del agotamiento de la vía gubernativa, sino que la administración procedió, de oficio, a aclarar la Resolución principal". (folios 273-274)

Censuró también la determinación del Tribunal de no declarar probada la excepción de caducidad, toda vez que "de un plumazo derogó lo previsto en el Art. 136, inciso 2o. del C.C.A., que dispone que la acción de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. No hay forma que permita deducir que la fecha para establecer el término de caducidad es la de presentación de la demanda, ni el tribunal tiene por qué argumentar que el volumen de trabajo de los Despachos judiciales constituya motivo para contar términos de caducidad en las acciones contencioso administrativas". (folio 275)

El apoderado del Departamento del Cauca, reprocha la sentencia por incongruencia en su contenido ya que si se considera que no se produjo un acto complejo, por que la Gobernación del Departamento del Cauca no envió la terna al Director del INTRA, no se explica cómo se condena solidariamente a dicho instituto y al Departamento del Cauca pues si ésta última entidad no participó en la formación del acto no se puede deducir responsabilidad para el departamento.

Agrega que el Tribunal al considerar "que por no haberse dado dicha terna por escrito, la forma verbal no tiene relevancia (sic) jurídica ninguna. Incurre en un exceso de formalismo, pues las decisiones administrativas pueden ser verbales o escritas. El problema es de tipo probatorio en cuanto a las verbales, pero si se logran probar en el proceso, como evidentemente se hizo, cobran igual valor que las escritas".

Censura el apoderado de la entidad territorial recurrente, la deducción del *a-quo* diferente a la configuración de la desviación de poder por obedecer el acto acusado a móviles políticos, porque a su juicio "no existen en las piezas procesales pruebas sobre el móvil oculto que llevó a la gente o funcionario nominador a pro-

ducir un acto que se desviará del fin provisto en la ley. El Tribunal llega a una conclusión gratuita puesto que carece de premisa para construir el silogismo".

El Procurador judicial del INTRA alega que se condena de modo indebido al Instituto Nacional del Transporte al pago de sueldos, gastos de representación, aumentos de salarios y demás prestaciones dejados de devengar por el demandante, cuando tales emolumentos "son cubiertos por el presupuesto del Departamento". Y agrega que "la intervención del INTRA en los procedimientos de nombramiento y remoción de los titulares de esos Despachos se limita a la expedición del acto administrativo correspondiente de modo que la condena solidaria contenida en el fallo atacado es improcedente".

Del mismo modo, este impugnador tacha el fallo porque considera que no es cierto que se halla acreditado la desviación de poder, ni los motivos ajenos al buen servicio paras la expedición del acto acusado y porque cuando el a quo pretende deducir vicios, de decisiones emanadas de la asamblea departamental del Cauca —Ordenanza 001 de 1986—, viola el artículo 192 de la constitución política que preceptúa que estos actos administrativos se presumen legales mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativo.

La **FISCAL QUINTO** de la Corporación opina que debe proferirse fallo inhibitorio por caducidad de la acción o por ineptitud substantiva de la demanda originadas en el hecho de no haberse demandado la totalidad del acto en virtud de que únicamente se impugnó la resolución No. 2474 de noviembre 16 de 1986 y no procedió de igual modo con la resolución No. 2461 de 31 de octubre de 1986, cuando por ser la primera aclaratoria de la segunda, la demanda es solo parte del acto acusado.

Advierte que si no se acogen las anteriores sugerencias el fallo de fondo que se profiera *debe ser confirmatorio* de la decisión del a quo en atención a que la expedición de la resolución acusada fue irregular, pues en ella intervinieron en forma no ajustada a derecho las entidades condenadas por el Tribunal, las cuales en su sentir, son responsables del acto administrativo demandado por que una y otra concurrieron a su expedición.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) En primer término debe examinarse la procedencia de la excepción de caducidad de la acción propuesta por el señor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID.

2) El acto principal que acusó inicialmente el actor y mediante el cual fue retirado del servicio es la Resolución No. 2474 de 1986 la "cual fue comunicada el día 25 de noviembre de 1986, según se afirma en petición segunda de la demanda.

3) La demanda fue presentada el día 17 de marzo de 1987 sin que se hubiera producido la caducidad de la acción, pues ella se configuraba solamente a partir del día 26 de marzo de dicho año.

4) La inquietud sobre dicha caducidad surge cuando el Tribunal mediante providencia de 24 de abril de 1987, le ordena al actor corregir la demanda.

5) El texto de ésta providencia dice:

"*TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA*

(Magistrado: Dr. LUIS CARLOS GOMEZ RESTREPO)

Popayán, veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y siete. (1987)

Con base en el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, se ordena que el Dr. JORGE HERNAN DOMINGUEZ RODRIGUEZ, *corrija* la demanda en el *sentido de designar claramente quién es el entidad que debe comparecer al proceso como demanda*, o si lo que pretende es una responsabilidad solidaria entre el Instituto Nacional del Transporte INTRA y el Departamento del Cauca, así deberá expresarlo.

Es a la parte actora a quién corresponde indicar contra quién dirige la acción por lo que no es dable *dejar* a escogencia del Tribunal "según el caso" *cual es la entidad contra la que de no pronunciarse en caso de prosperar las pretensiones*.

Por lo expuesto, no se da curso a la demanda presentada y se concede para su corrección el término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase. (se subraya)

6) Examinada ésta providencia se concluye que a juicio del Tribunal la demanda únicamente debía precisar cual era la entidad que debía comparecer al proceso como demandada o si lo que se pretendía era obtener una responsabilidad solidaria.

7) Examinada la demanda original presentada el día 17 de marzo de 1987, se observa que en forma expresa el actor dice demandar tanto al Instituto Nacional del Transporte como al Departamento del Cauca. Dicha discriminación la hace en dos oportunidades a saber: a) cuando inicia el escrito y designa las personas demandadas, y b) cuando desarrolla el punto que tituló "I.Demanda".

Dijo el actor en esa oportunidad:

"*DEMANDANTE:* JORGE HERNAN DOMINGUEZ RODRIGUEZ.

DEMANDADOS: INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE, INTRA (Nación). DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

I.- *LA DEMANDA*:

JORGE HERNAN (sic) DOMINGUEZ, mayor de edad, vecino del Municipio de Popayán, abogado titulado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 5475 del Ministerio de Justicia y titular de la Cédula de Ciudadanía No. 2'420.991 expedida en Cali, hablando a nombre propio, con todo respeto manifiesto a Uds., que *presento demanda* de NULIDAD

Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, de carácter laboral *contra el INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE-INTRA-* (Nación), representado por el señor Director General del Insituto -INTRA-, y contra el DEPARTAMENTO DEL CAUCA representado por el señor Gobernador,o por los respectivos apoderados especiales que designen, para que mediante sentencia que ponga fin (sic) al proceso, se provea favorablemente a las siguientes": (se subraya)

8) El artículo 137 del C.C.A. respecto del contenido de la demanda, exige el lleno de las siguientes requisitos:

"**contenido de la demanda**. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

1) ***La designación de las partes y de sus representantes;*** (...)"

9) Examinando la demanda inicialmente presentada y el contenido de la providencia que ordenó su corrección frente al artículo 137 del C.C.A. se observa que en ella el actor, expresó con claridad la parte que él demandaba y en general observó los demás requisitos legales.

10) De otra parte, la comunicación suscrita por el Secretario Privado del Gobernador de fecha 25 de noviembre que se ha tomado como base para contar la caducidad de la acción al demandante, no es un documento que se destaque por su claridad. En efecto, siendo ella la que declaró insubsistente al actor, no lo expresa así, tampoco señala que ella aclara otra resolución, ni dice cual es su fecha de expedición, ni con la autoridad que la profirió y por el contrario, dice equivocadamente que la expidió el Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca y como ella no se anexó, el demandante quedó completamente desinformado. (folio 7)

Ante estas circunstancias, no puede tampoco afirmarse con claridad que la fecha de caducidad de la acción sea con rigor, la del 25 de noviembre de 1986. Textualmente dice ésta comunicación:

"Popayán, noviembre 25 de 1986

Doctor

JORGE HERNAN DOMINGUEZ

Director Instituto de Tránsito

y Transportes del Cauca

CIUDAD

Comedidamente comunico a usted que el Doctor Henry Otoniel Holguín David ha sido nombrado para desempeñar el Cargo de Director del Instituto de Tránsito y Transportes del Cauca en reemplazo suyo, según resolución No. 2474 del mismo Instituto.

En el día de hoy el Dr. Holguín David tomará posesión de dicho cargo ante el Sr. Gobernador.

FIRMA:
JORGE O. BOLAÑOS GUTIERREZ
Secretario Privado"

11) Como el actor dijo conocer en la demanda el acto principal que acusa, solamente hasta el 9 de marzo de 1987 y en el proceso éste hecho no se desvirtuó, y de conformidad con el artículo 197 del C. de P.C., "se presume verídica la confesión del apoderado judicial en el escrito de demanda y excepciones", habrá de examinarse esta situación frente a estas actuaciones. Dijo la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia del 18 de noviembre de 1981, lo siguiente:

> "Lo anterior permite anotar que cuando es forzosa la notificación, como en este caso, sólo cuando ella se halla surtido comienza el término de cuatro meses que alude el artículo 83 del C.C.A. La circunstancia de que éste artículo disponga indistintamente de 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)
>
> (...)"

12) El demandante en el curso del proceso, recibió del INTRA copia de las Resoluciones 2474 y 2461, y presentó una segunda corrección a la demanda con fecha 30 de julio de 1987 la cual fue admitida por el Tribunal.

Como el actor con la presentación de ésta demanda corregida dijo conocer en conjunto estos dos actos sólo hasta el día 9 de abril de 1987 y ésta fue presentada el 30 de julio de dicho año, y no se desvirtuó en el proceso que él hubiera tenido conocimiento de la Resolución 2461 de 1986, antes del 9 de abril deberá admitirse que su última demanda corregida no fue extemporánea. (fl. 40 y 80). Sin lugar a dudas fue la propia administración la que originó toda esa serie de errores tanto en la producción del acto como en su comunicación.

13) Sin embargo, como se ha estimado que las correcciones a la demanda posteriores a la que ordenó el Tribunal son actos discutibles, la Sala considera necesario examinar las dos resoluciones para analizar el alcance y contenido jurídico y administrativo de ellas para obtener una mejor apreciación del acto demandado.

Dicen textualmente estas dos resoluciones:

a) Resolución No. 2474 de 1986:
"INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE

Resolución Número 2474 de 19 (10 NOV 1986)

"Por la cual se aclara la Resolución No. 2461

del 31 de octubre de 1986".

EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE

en uso de sus facultades

legales y estatutarias,

R E S U E L V E:

ARTICULO UNICO.- Aclarar la Resolución Ni. (sic) 2461 del 31 de octubre de 1986, en el sentido de indicar que el Doctor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID, con cédula de ciudadanía No. 44.789 de Bogotá, ha sido nombrado para desempeñar el cargo de Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca (sic).

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.E. a los 10 NOV 1986

FIRMA:

EDUARDO CARRILLO NATES

Director General

MARIA EUGENIA MANTILLA G.

Secretaria General".

b) Resolución No. 2461 de 1986:

"INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE

Resolución Número 2461 de 19

(31 OCT 1986)

"Por la cual hace un nombramiento".

EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE

en uso de sus facultades

legales y estatutarias,

R E S U E L V E:

ARTICULO PRIMERO: Nombrar al Doctor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID, con cédula de ciudadanía No. 44.789 de Bogotá, para desempeñar el cargo de *Director de Tránsito Municipal* de Popayán.

ARTICULO SEGUNDO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.E. a los 31 OCT 1986

FIRMA:

EDUARDO CARRILLO NATES

Director General
MARIA EUGENIA MANTILLA G.
Secretaria General". (se subraya)

14) Como de conformidad con el Decreto Ordenanzal No. 784 de 1979, el Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca es un establecimiento público del orden Departamental y el actor desempeñaba por lo tanto un cargo de ese nivel, la Resolución No. 2461 del 31 de octubre de 1986, al designar a HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID para desempeñar un cargo en el municipio de Popayán, este acto carecía de la fuerza jurídica suficiente para que con ella hubiera sido declarado insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director Departamental del Tránsito y Transporte del Cauca, puesto que éste era otro cargo parecido seguramente en la materia propia de las funciones, pero definitivamente otro empleo.

Lo ideal —dice esta Sala— es que tanto en actos de nombramiento como en retiro del servicio se identifique plenamente al nombrado o retirado así como al cargo frente al cual se realiza la designación o desvinculación.

Esta resolución (2461) requería no propiamente una aclaración sino la expedición de una que produjera los efectos jurídicos deseados, que es la Resolución que separó al actor del cargo, la cual fue demandada en tiempo.

15) Por lo tanto, aunque la Resolución 2474 de 1986, dice aclarar la 2464, en realidad es con ésta 2474 que se viene a producir el retiro del servicio del actor y el ingreso a la función pública departamental en el cargo de Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca al señor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID.

16) En desarrollo del principio de lealtad procesal no podía pedírsele al actor el respeto de un término perentorio de caducidad, negándole a su vez la posibilidad de corregir luego la demanda, cuando se enteró de la existencia de otro acto que tenía alguna relación con el demandado.

Por lo tanto, si se le exige al demandante el respeto al término de caducidad a partir del 25 de noviembre de 1986, no se le puede exigir la demanda de la Resolución 2461 que no conocía para esa fecha, y si se admite que obro adecuadamente al presentar la corrección de su demanda el día 30 de julio de 1987, la Sala observa que allí el actor demandó las dos Resoluciones objeto del debate procesal.

En síntesis, demando en tiempo la que los separo del servicio; no podía exigírsele acusar una decisión que aún no conocía; ciertamente, corrigió la demanda para hacerlo una vez lo conoció, incidente procesal innecesario a juicio de la Sala, porque éste no lo retiro.

17) Analizadas las anteriores circunstancias, se deberá entrar a examinar si le asiste razón al actor en sus peticiones.

18) Como el demandante ataca el acto de nombramiento de su reemplazo porque éste no reunía los requisitos para hacer Director de Tránsito por no ser ni abogado, ni ingeniero de transportes, ni ingeniero civil según lo prescribía el Artículo 28 del Decreto Ordenanzal 784 de 1984 y esta merma se debía entender

vigente en este momento pues la Ordenanza No. 001 de 16 de octubre de 1986 (Fol. 17), modificatoria de aquel, aun no estaba vigente porque no habían transcurrido 30 días desde su promulgación y la Asamblea no había reglamentado lo contrario, deberá examinarse este punto en el siguiente orden:

a) Sobre la vigencia de las ordenanzas, prescribe el artículo 83 del Código de Régimen Departamental lo siguiente:

"Las ordenanzas *rigen* en todo el territorio del Departamento, *30 días* después de su publicación en el periódico oficial.

Sin embargo, las asambleas *pueden reglamentar este punto* como a bien lo tenga; *pero en todo caso* ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación". (se subraya)

b) No quedó establecido en el proceso que la Asamblea del Departamento del Cauca hubiera reglamentado el punto relacionado por la publicación de las ordenanzas en la fecha de expedición de la ordenanza No. 01 de 1986, modificatoria del D. O. No. 784 de 1979 y por consiguiente, conforme lo describe la ley, dicha ordenanza solamente podía entrar a regir treinta días hábiles después de su publicación, contados a partir del día 24 de octubre de 1986, fecha de publicación de tal ordenanza. Textualmente dice ésta ordenanza:

REGISTRO OFICIAL: POPAYAN, OCTUBRE 24 DE 1986

"ORDENANZA NUMERO 001 DE 1986

(octubre 16)

Por la cual se complementa el Decreto Ordenanzal 7484 de 1979.

LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

ORDENA:

ARTICULO PRIMERO. Las calidades exigidas para ejercer cargos en el Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca por el artículo 28 del Decreto Ordenanzal 784 de 1979 se entenderán como preferenciales y consecuencialmente se podrá designar funcionarios que acrediten dedicaciones profesionales diferentes a las allí enunciadas.

ARTICULO SEGUNDO. La presente Ordenanza rige desde su promulgación. Dada en Popayán, en el Salón de Sesiones de la Asamblea Departamental del Cauca, a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

JAIME ARANGO BELTRAN, Presidente de Asamblea Departamental.

MIGUEL ANGEL CONCHA OROZCO, Secretario

Gobernación del Departamento del Cauca, Popayán, octubre dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

PUBLIQUESE Y EJECUTESE

CESAR TULIO VERGARA MENDOZA, Gobernador

LUZ MILA CLAROS MEDINA, Sria. de Gobierno". (se subraya)

Debe señalarse que esta La Ordenanza demandada no solo se refiere a los poderes públicos sino que también es de gran interés e incidencia jurídica para los particulares y para los empleados oficiales en general, que como el Director de Tránsito Departamental podrían estar interesados tanto en su cabal cumplimiento como en impugnarla por estimar que ella no estaba en consonancia con la ley. (folio 103)

Además debe observarse que la ley no diferencia entre ordenanzas que solamente se refieran a los poderes públicos y que en tales casos no deba ser necesaria su publicación, y en ordenanzas que se refieran a los ciudadanos y entonces sí deban ser publicadas para que entren a regir luego del término de treinta (30) días. Como la ley no diferencia esta clase de ordenanzas, no es dable hacerlo como lo pretende el Departamento del Cauca para omitir el término legal señalado en el artículo 83 del C.R.D. antes transcrito.

c) Por consiguiente, como la Resolución 2474, el acto acusado, se expidió el día 10 de noviembre de 1976, cuando aún la ordenanza No. 01 de 1986 no había entrado a regir la designación del Director del Instituto de Tránsito y Transporte del Cauca, debía recaer en una persona que fuera titular de una profesión de Abogado, de Ingeniero de Transportes o Ingeniero Civil, como lo prescribía el artículo 28 Decreto 784 de 1979, cuyo texto expresaba:

> "ARTICULO VEINTIOCHO.- **Calidades** *Es* ***indispensable*** comprobar calidades académicas para ejercer empleos en el instituto, así:
>
> a) *Para ser Director*, tener diploma de Abogado, Ingeniero de Transportes o Ingeniero Civil" (se subraya)
>
> "(...)"
>
> d) Como en el proceso quedó establecido que el señor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID, no era titular de ninguna de las anteriores profesiones, pues él solamente se encontraba inscrito como "Contador Público autorizado", le asiste razón al actor y la resolución acusada deberá ser anulada por este motivo.

19) Pero en gracia de discusión y a mero título de ejercicio, si se llegara a estimar que tales requisitos no eran exigibles para el nuevo personal designado, porque la ordenanza 01 de 1986, produjo sus efectos legales al momento de hacerse la designación, deberá advertirse que quedó probado en el expediente que el Director del INTRA no solicitó por escrito al gobernador del Cauca, ni éste suministró a aquél en la misma forma, la terna necesaria para la provisión del cargo de Director de Tránsito del Cauca, siendo ello necesario pues sin existir tales documentos era imposible analizar objetivamente tanto a nivel nacional como a nivel departamental, el lleno de los requisitos legales de cada uno de los candidatos, y en la misma forma, con este proceder se evitaba toda clase de control ciudadano sobre las actuaciones administrativas de las autoridades nacionales y locales sobre temas que le interesan a todos los administrados.

Textualmente expresa el numeral 13 del Artículo 26 de Decreto 2623 de 1985, estatuto del Intra:

"A más de las funciones que le señalan la 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". (se subraya)

"(...)"

Por los motivos antes expuestos se concluye que la elaboración de la terna no podía constar en un acto eminentemente oral, pues requería el escrito, y por lo tanto las declaraciones de HILDA CALVACHE ROJAS, CESAR VERGARA MENDOZA Y DARIO JESUS SANDOVAL FERNANDEZ, no pueden suplir la elaboración de la terna por escrito, conforme a lo antes expuesto y antes bien conforma la irregularidad en el procedimiento agotado.

Por este motivo le asiste razón al Tribunal cuando al respecto dijo lo siguiente:

"En cambio, la concurrencia o participación de la administración en la creación de un acto jurídico complejo, constituye parte de la actividad o función administrativa que ha establecido la ley *y debe ser clara y precisa en orden a su finalidad y prueba.-*

Dado que la administración tiene que responsabilizarse de los actos que crea, la *oralidad* es una forma o procedimiento *inconveniente e inadmisible* porque raya en el régimen de amistad y confianza y en *posible arbitrariedades* (sic) por motivo de índole diversa que pugnan con un elemental estado de derecho y de justicia.

Las ternas en los casos determinados por la ley tienen por objeto examinar tres nombres de aspirantes o candidatos con sus respectivas hojas de vida, no sólo para estudiar si reúne o no las exigencias de idoneidad y capacitación sino para que quede constancia del por qué de la selección de un nombre en razón de la mejor conveniencia del servicio público.

Así se garantiza la libertad y autonomía del nominador, *la seriedad de la escogencia,* el sano propósito administrativo y se excluyen las llamadas ternas de uno que son una burla a la ley" (se subraya)

Por consiguiente y conforme a lo antes expuesto, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, pero en materia de responsabilidad de las dos entidades demandadas, se modificará parcialmente la sentencia así: El Instituto Nacional de Tránsito y Transporte, INTRA, reintegrará al demandante en un empleo de igual o superior categoría del cuál fue removido y con cargo al presupuesto del Departamento del Cauca.

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: *CONFIRMARSE LOS NUMERALES 1o., 2o., 4o., Y 5o. DEL FALLO APELADO DE 30 DE AGOSTO DE 1988 Y POR ADICIÓN DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988, PROFERIDOS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA.*

SEGUNDO: El numeral 3o. del fallo de 30 de agosto de 1988, quedará así: El Instituto Nacional del Transporte y Tránsito INTRA, debe reintegrar a JORGE HERNAN DOMINGUEZ RODRIGUEZ a un cargo de igual o superior categoría del cual fue removido en el Instituto de Tránsito y Transporte en el Departamento del Cauca. El Instituto de Tránsito y Transporte, del Departamento del Cauca, pagará a JORGE HERNAN DOMINGUEZ todos los sueldos, gastos de representación, aumentos de salarios, primas y demás prestaciones sociales, causados a partir del 25 de noviembre de 1986, hasta la fecha que se haga efectivo el reintegro, teniendo como base el sueldo asignado en la nomenclatura oficial adoptada en el Departamento del Cauca.

TERCERO: El Departamento del Cauca descontará toda suma de dinero que el actor haya recibido por concepto de salarios o prestaciones sociales provenientes de una vinculación laboral con una entidad oficial, durante el lapso comprendido entre el día 25 de noviembre de 1986 y la fecha que se produzca su reintegro en cumplimiento de esta sentencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 128 de la C.N.

COPIESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROVIDENCIA DE CONDENA/DESCUENTO-Improcedencia/ **EMPLEADO PUBLICO**-Inexistencia/**ANALOGIA**-Improcedencia.

Las sumas a que se condena en la sentencia, para las cuales se toma en cuanto a la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro, no tienen el carácter de otro "empleo público" y otra "asignación que provenga del tesoro público", sino que en verdad vienen a resarcir al perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Confirma parcialmente la sentencia apelada.

Salvamento de Voto del Consejero Doctor Carlos Arturo Orjuela Gongora a la Sentencia del dos (2) de diciembre de 1992 dictada en el proceso No. 3820.- Autoridades Nacionales.-

Demandante: *Jorge Hernán Domínguez Rodríguez*

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me aparto de lo dispuesto en el Ordinal Tercero del fallo, en cuanto se ordena que el Departamento del Cauca descuente de las condenas fulminadas las sumas que pueda haber recibido el demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invoca el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y

prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro, no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra "asignación que provenga del tesoro público" sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, reiteradamente, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> "tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N., y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pagó respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace saber coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".
>
> "El artículo 64 de la Constitución Nacional dispone:
>
> "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios".
>
> "La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la posibilidad de ser análogas puesto que tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de las prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".
>
> "Nada impide recibir del estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese, por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle indemnización moratoria conforme al artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuando, al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".
>
> "La razón esta en que la asignación, con su equivalente del sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo e indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no pueden estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero sí una

erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".

"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos. Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tiene su fuente en esa relación de servicio".... (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878; Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R.; marzo 11/87; de igual manera, en el Exp. No. 29629; Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G.; junio 5/84; en el Exp. No. 35949; Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Meza S.; octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos en frente de la redacción de la nueva norma constitucional (Art. 128).

De otro lado, es lo cierto que no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, es ostensible que el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por estas sintéticas consideraciones, entonces, no comparto el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia.

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Gongora

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

Exp. No. 3820.- Demandante: JORGE HERNAN DOMINGUEZ RODRIGUEZ.- AUTORIDADES NACIONALES.-

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Facultad Disciplinaría/ **ISS**-Régimen Disciplinario.

> **La Procuraduría General de la Nación tiene como atribución Constitucional propia la de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos. Asumiendo una investigación disciplinaría por la procuraduría, sus atribuciones de indagar para comprobar la comisión de faltas no tienen la limitante que señala el actor, cuya tesis llevaría a sostener que la conducta de los empleado públicos de alguna manera relacionada con asuntos fiscales o de disposición del erario no podría ser investigada por los Agentes del Ministerio Público, excepción que no está consagrada, en la legislación Colombiana.**
> Niega las súplicas de la demanda.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de Diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

MAGISTRADA PONENTE: *Doctora Clara Forero de Castro*

REF.: Expediente No. 3841. Autoridades Nacionales. **ACTOR:** ***CARLOS HERNÁN AGUALIMPIA MONTOYA***

Mediante apoderada y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el Doctor CARLOS HERNAN AGUALIMPIA MONTOYA pidió al Consejo de Estado declarar:

> "... la nulidad del Artículo Primero de la Resolución No.047 del 12 de junio de 1987 del señor Procurador regional de Cali, en cuanto a los cargos No. (sic) 10 y 11 del Expediente No. 7029 y del cargo único del expediente No. 7295 y del Artículo Primero de la Resolución 726 del 11 de julio de 1988 del señor Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa, de la Procuraduría General de la Nación ..." (folio 237).

"Que además de la anulación de los actos administrativos anotados, se provea al restablecimiento del derecho de mi representado, revocando la sanción impuesta y absolviéndolo en forma total y definitiva de los cargos que se le imputaron".

"Que como consecuencia de lo anterior se ordene cancelar en la hoja de vida del Doctor Carlos Hernán Agualimpia Montoya, el registro de ésta sanción disciplinaría. (folio 238)

Por el primero de los actos acusado se sancionó al demandante con solicitud de destitución" ...Por encontrarlo responsable de los cargos deducidos en su contra como Director Seccional del Valle del Instituto de los Seguros Sociales..."

Mediante la segunda resolución demandada se modificó la primera, imponiéndole, en cambio de solicitud de destitución, amonestación escrita con anotación en la hoja de vida.

A título de restablecimiento del derecho pide cancelar de su hoja de vida el registro de la mencionada sanción disciplinaría.

Los HECHOS en que se fundamenta la acción pueden resumirse así:

A finales de 1984, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República iniciaron una serie de averiguaciones preliminares contra funcionarios del Instituto de Seguros Sociales Seccional del Valle;

El 20 de marzo de 1985, el Procurador General de la Nación ordenó abrir formal investigación disciplinaría contra el doctor Agualimpia Montoya, fundado en un informe lleno de imprecisiones y fallas que el inculpado objeto.

Al mismo tiempo el Contralor General dispuso adelantar investigaciones preliminares sobre las mismas acusaciones;

El resultado de la investigación fiscal fue totalmente favorable al doctor Agualimpia, según aparece en el boletín de la División de Investigaciones de la Contraloría;

El 12 de julio de 1985 se formuló pliego de cargos al demandante, mediante auto con vicios de ambigüedad, imprecisión, vaguedad y normas inaplicables.

Durante el proceso fue obstensible el trato discriminatorio y parcializado contra el doctor Carlos Hernán Agualimpia, al punto que éste se quejo al Procurador y fue enviado un Comisionado, quien en su informe reconoció la existencia de vicios y fallas denunciados en la queja;

Se corrieron 23 cargos al inculpado, 8 referidos a contratación y 15 a vigilancia administrativa. El doctor Agualimpia presentó sus descargos;

A los cargos sobre vigilancia administrativa les correspondió el expediente 7029.

En este expediente, el 12 de junio de 1987 el Procurador Regional de Cali sostuvo la validez de 8 de los 15 cargos y solicitó la destitución del doctor Agualimpia como Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional del Valle.

Surtida la apelación, el Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa en providencia de 11 de julio de 1988, mantuvo parcialmente los cargos 10 y 11 del expediente 7029 y el cargo del expediente 7295, aceptando los descargos restantes;

En consecuencia, el Procurador Delegado modificó el Artículo 1o. de la providencia inicial, revocó la solicitud de destitución e impuso la de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida. Esa actuación le fue notificada personalmente al actor el 14 de julio de 1988;

En agosto 12 y 31 de 1988, el nuevo Procurador Regional de Cali, sobre las causales de invalidez del proceso alegadas tiempo atrás por el docto Agualimpia acerca del expediente 7029, decretó la nulidad de lo actuado en otras tres investigaciones disciplinarias existentes contra el mismo funcionario investigado;

El doctor Agualimpia Montoya siempre estuvo dispuesto a colaborar en el éxito de las investigaciones y aun renunció a la prescripción de la acción disciplinaria;

"No hay proporción entre el inmenso perjuicio moral que este proceso y la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación ha representado para el doctor Carlos Hernán Agualimpia Montoya y la ausencia total de daños y perjuicios tanto para la entidad que presidió en el Valle como para los beneficiarios. La entidad tuvo un significativo mejoramiento durante su gestión como gerente del ISS-Valle" (folio 240).

A renglón seguido, la demanda transcribe los cargos contenidos en los expedientes 7029 y 7295 y procede a tratar de demostrar que son infundados, con cita de diversas normas superiores y apartes de jurisprudencia.

En el acápite destinado a las normas violadas y concepto de la violación, el libelo señala: artículos 2o., 20, 59 y 63 de la anterior C.N.; art. 50 del D.R. 1950 de 1973; Arts. 3o. y 41 del D.482 de 1985 reglamentario de la ley 13 de 1984; decretos 1651 de 1977 y 1166 de 1978; D.L. 01 DE 1984, o C.C.A.

A la luz de jurisprudencia cuyos apartes pertinentes cita, considera que la procuraduría no era competente para expedir los actos acusados y que éstos adolecen de falsa motivación.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación opina que debe denegarse las súplicas impetradas puesto que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado. Para llegar a esa conclusión sostiene: que pese a la absolución del accionante por parte de la Contraloría General de la República, no se desvirtúa la violación en que incurrió de precisas normas legales; que el artículo 13 del D.

1651/77 dispone que ningún cargo puede ser provisto con efectos retroactivos; que no ha sido solo una actuación irregular sino "toda una serie de procedimientos ajenos al buen juicio con que se debe manejar la función pública"; que en lo relativo a las declaraciones testimoniales de los doctores Félix Oscar Salazar Chávez y Sabas Pretelt de la Vega, tampoco en ella se desvirtúa la violación de la ley entre otras razones porque ninguna de las dos depone sobre los hechos por los cuales se investigó disciplinariamente al demandante sino que hacen una apreciación sobre el comportamiento general del actor. (folio 337).

Se procede a decidir, previas estas

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la sanción disciplinaria impuesta por la Procuraduría General de la Nación al demandante en su calidad de Director Seccional del Instituto de Seguros Sociales en el Valle del Cauca, se ajusta, o no, a derecho.

Según el primero de los actos acusados —artículo primero de la resolución 047 (junio 12 de 1987), del Procurador Regional de Cali— se impuso como sanción al doctor Agualimpia Montoya la solicitud de destitución.

En virtud del segundo artículo 1o. de la Resolución 726 (junio 11) de 1988, del Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa.-, expedido para desatar la apelación interpuesta contra el acto inicial, se modificó la sanción original y se impuso en vez de la solicitud de destitución la amonestación escrita con anotación en la hoja de vida.

Se observa que al proceso no se trajo la correspondiente investigación disciplinaria, pero se puede saber, si que los cargos que al final prevalecieron como determinantes de la sanción impuesta al doctor Agualimpia fueron:

1) Haber admitido la posesión del auxiliar de servicios administrativos Luis Carlos Pérez el 15 de mayo de 1984 sin el lleno de los requisitos consagrados en el artículo 11 del Decreto 1651 de 1977, literal f) y haber reconocido en el mismo acto efectos fiscales retroactivos (folios 93);

2) Haber incurrido en idéntica falta con relación al nombramiento del señor Orlando Daza Correa el 14 de mayo de 1984 (res. 1697) a quién nombró además, por el término de 4 meses, cuando sólo podía hacerlo por 90 días (folio 93);

3) Haber nombrado provisionalmente al Doctor Alvaro José González por el término de 30 días autorizando en el acta de posesión que se le pagara su asignación como Médico Especialista con efecto retroactivo (folio 93); y

4) No haber procedido con la diligencia, eficiencia e imparcialidad que el cargo le imponía, en relación con la remisión del señor Alvaro Bejarano al exterior para recibir tratamiento médico-quirúrgico por cuenta del Instituto de Seguros Sociales (folio 108).

La Sala analizará cada uno de los cargos por separado así:

CARGO 1. Del contenido del segundo de los actos acusados se infiere que al señor Luis Carlos Pérez se le nombró con carácter provisional —y esa provisionalidad se prueba también a folios 299 y ss.—, razón por la cual el demandante consideró que no eran obligatorios los requisitos establecidos en el artículo 11 del D. L. 1651 de 1977, que según el solo se tendrían en cuenta para nombramientos ordinarios o en período de prueba.

En realidad no se sabe cuál o cuáles de esos requisitos se hayan omitido en la vinculación laboral del señor Pérez, mas lo único cierto para la Sala es que la norma en comento no hace diferencia sobre requisitos para nombramientos provisionales u ordinarios, de manera que la no comisión de falta que alega el doctor Agualimpia por el hecho de que se trataba de un nombramiento provisional, no lo excusa de la omisión en que haya incurrido.

Claro que, como lo dice el demandante, existen personas diferentes al Gerente Seccional encargadas de verificar la acreditación de requisitos para la posesión de un cargo en el ISS, pero ese hecho en modo alguno lo exime de responsabilidad porque —como Gerente Seccional— lo que realmente hacía con su firma en el acta de posesión era protocolizar la relación laboral y permitir que el empleado diera comienzo a la prestación del servicio, dando por sentado que reunía los requisitos exigidos.

Es apenas natural que el funcionario que haya de dar posesión debe tener la certeza —verificable en el acto— de que quien asume determinado empleo, tiene los requisitos exigidos para ejercerlo y para posesionarse.

En cuanto a la prohibición de señalar efectos fiscales retroactivos en el acta de posesión, el Artículo 13 de D. L. 1651 de 1977 es terminante cuando advierte:

> "Ningún cargo podrá ser provisto mediante actos con efectos fiscales anteriores a la fecha de posesión".

De manera que si —como la propia demanda lo cita al transcribir el cargo 10, a folio 240— el Gerente doctor Agualimpia Montoya admitió la posesión del señor Pérez reconociendo en el acta de posesión efectos fiscales a partir del 2 de mayo de 1984 —es decir, con retroactividad a la posesión— transgredió la ley y el cargo que por tal razón se le imputó es fundado.

El demandante pretende desvirtuar la falta diciendo que la procuraduría carece de competencia para juzgar si se reconocieron, o no, efectos fiscales retroactivos por que ello —a su entender— es asunto que solo compete a la Contraloría General de la República, entidad que tras una investigación de orden fiscal encontró que el proceder del doctor Agualimpia se ajustó a derecho.

La Sala no comparte esa apreciación. Como es sabido, la Procuraduría General de la Nación tiene como atribución constitucional propia (C. N. anterior, art. 143; C. N. de 1991, art.277 numeral 6) la de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos. Asumida una investigación disciplinaría por la procuraduría

(ley 25 de 1974, D.R. 3404 de 1983), sus atribuciones de indagación para comprobar la comisión de faltas no tienen la limitante que señala el doctor Agualimpia, cuya tesis llevaría a sostener que la conducta de los empleados públicos de alguna manera relacionada con asuntos fiscales o de disposición del erario no podría ser investigada por los Agentes del Ministerio Público, excepción que no esta consagrada ciertamente, en la legislación Colombiana.

CARGO 2.- La demanda transcribe textualmente este cargo (folio 241), consistente en haber nombrado al señor Orlando Daza Correa, como Supervisor de Obra, por resolución de mayo 14 de 1984 con efectos fiscales al 8 de los mismos mes y año. También por haber incumplido "...los requisitos señalados en el art. 11, lit. f del decreto 1651/77, por sobrepasar el término de noventa (90) días..."

Esas dos circunstancias se leen también en el segundo de los actos acusados, a folio 93.

Con respecto a la provisión del cargo con efectos retroactivos a la fecha de posesión, ya se vio que la prohibición de hacerlo está consagrada en la ley y que la falta no desaparece ante la explicación del encartado en el sentido de que "Una vez hecho el nombramiento por resolución del Gerente Seccional no es función ni responsabilidad suya hacer el seguimiento de cuándo inicia labores el supernumerario, o cuánto tiempo se le está pagando..." (folio 94).

Es posible, como allí mismo lo dice el demandante, "que la provisión de reemplazos no se puede programar y por ello en ocasiones se omiten ciertos requisitos de forma ...", pero lo que a todas luces resulta inadmisible es que se confieran, efectos fiscales anteriores a la posesión de un cargo, pues ello va en desmedro de la pulcritud con que debe desempeñarse la función pública, a menos que por disposición especial u orden judicial se paguen servicios efectivamente prestados (folio 96).

La Sala no encuentra que el doctor Agualimpia Montoya haya violado el Decreto 1651 de 1977, artículo 11 literal f) por haber nombrado al señor Daza Correa "...por el término de 4 meses, cuando sólo podía hacerlo por noventa días". (folio 93).

En realidad, le asiste razón al demandante cuando dice que lo que en la mencionada disposición se lee como requisito de posesión no es nombramiento por un término máximo de noventa días, sino que el certificado médico de aptitud física y mental no se exigirá para la posesión cuando la "vinculación sea transitoria y no sobrepase los noventa días".

De tal manera que si no hubo falta ella debió consistir en no haber exigido el certificado médico, pero no en haber designado al señor Daza por cuatro meses, es decir, por más de noventa días porque la ley no establece ese límite del tiempo en ese artículo.

CARGO 3.- Haber autorizado efectos fiscales retroactivos en el acta de posesión del Médico Especialista Alvaro José González es, según los actos acusados,

un cargo que no fue desvirtuado en el curso del procedimiento disciplinario seguido al doctor Agualimpia Montoya.

Como en este proceso tampoco se desvirtúan, el cargo se mantiene como fundamento legal de los actos acusados.

CARGO 4.- A folio 108 se lee que ésta acusación se formuló por "No haber procedido con la diligencia, eficiencia e imparcialidad que el cargo le imponía, en relación con la remisión del señor ALVARO BEJARANO al exterior para recibir tratamiento médico-quirúrgico por cuenta del I.S.S. por las siguientes razones:

- Carecer la autorización o aprobación de remisión, del objeto de la remisión, centro de salud a donde iba el señor Bejarano y el tiempo de permanencia en el Centro de Salud y costos máximos que asumía el I.S.S.

- No acudir al concepto adicional del Consejo Ético Científico, tendientes a conocer la conveniencia o no de la remisión.

- Ausencia del requisito tocante a las semanas cotizadas por el afiliado señor Bejarano, por cuanto al parecer no había cotizado las cincuenta semanas continuas inmediatamente anteriores a la solicitud de remisión.

- Ausencia del contrato a que hace referencia el art. 179 del acuerdo 158 de 1960.

- No haber observado las fallas de la junta médica-neurológica y del Comité ad-hoc de requisitos legales al llenar art. 183, Decreto 158/80 en el concepto de remisión al exterior".

En el segundo de los actos acusados se advierte que de los anteriores hechos se mantiene en firme, como determinante de la sanción que recibió el demandante, solo el relativo a la "Carencia del contrato que exige el Artículo 179 del acuerdo en consonancia con el art. 1o. del acuerdo 192 de 1982..." (folio 112).

El acuerdo 158 de 1980, aclarado por el artículo 1o. del Acuerdo 192 de 1981 de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales dice sobre el particular:

> "En el caso de las remisiones extrainstitucionales y las remisiones al exterior, la transferencia de la responsabilidad del profesional tratante se hará a la persona o institución contratista. En todos los casos del ISS controlará la atención de sus beneficiarios con base en el respectivo contrato o convenio de prestación de servicios" (folio 235 p. 70).

El demandante alegó que su papel en este caso era el de simple tramitador de las solicitud de remisión del paciente al exterior hecha antes las autoridades nacionales del ISS, pero en sentir de la Sala la omisión relativa al contrato sí indica falta de diligencia y cuidado por parte del Director Seccional, cuya actuación no podía entenderse cumplida solamente con el hecho de enviar la petición a sus superiores: era preciso que lo hiciera, previa comprobación de que estaban satisfechos los requisitos exigidos para remitir un afiliado con el objeto de ser tratado médica-

mente en el exterior, o advirtiendo cuáles de tales exigencias no estaban cumplidas.

La omisión en que incurrió y la falta que por tal motivo se le endilgó no ha sido desvirtuada tampoco en el curso de éste proceso, luego se mantiene también como fundamento de la actuación sancionatoria.

En síntesis: ninguna de las disposiciones que la demanda estima violadas lo fue por la resolución 726 de 11 de julio de 1988; y la No. 047 del 12 de junio de 1987 fue modificada por ésta en el sentido de cambiar la sanción. Algunas de ellas —como las concernientes a la ley 13 de 1984 y su D. R. 482 de 1985 o las referentes al D.R. 1950 de 1973— no son aplicables a éste caso porque el régimen disciplinario de los empleados del Seguro Social tiene su propio estatuto contemplando en los artículos 48 y ss. del D.L. 1951 de 1977.

No ha sido, pues, desvirtuada la presunción de legalidad que ampara la Resolución No. 726 de 11 de julio de 1988, que es la que se encuentra vigente y en consecuencia, se denegarán las pretensiones demandatorias.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda presentada por el doctor Carlos Hernán Agualimpia Montoya contra la Nación —Procuraduría General de la Nación—

Reconócese como apoderada sustituta del señor Carlos Hernán Agualimpia Montoya a la Doctora Luz Stella Alzate Buriticá de conformidad con el memorial de sustitución que obra al folio 350.

Reconócese a la Doctora María Lolita Barrera Arias como apoderada de la Nación —Procuraduría General de la Nación—, conforme al poder que obra al folio 349.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada del día doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO - Improcedencia

La ausencia al trabajo de la actora se produjo en virtud de orden impartida por su jefe inmediato; fue así, como este funcionario argumentando necesidades del servicio, como consecuencia del exceso de trabajo existente en la dependencia bajo su mando, para la época en que le habían sido otorgadas las vacaciones a la demandante, le pidió que no las disfrutara para que hiciera uso de ellas cuando la carga laboral fuera poca. Por esta razón no es dable sostener que en el caso sub-examine se haya configurado el abandono del cargo y, por consiguiente, no era procedente dar aplicación en este asunto la figura de la vacante del empleo, con fundamento en lo estatuido sobre la materia en los artículos 136 y 137 del Decreto 937 de 1976, ya que no existió por parte de la actora propósito alguno de abandonar el puesto que ejercía en la Contraloría General de la República, por las circunstancias planteadas. Al contrario, fue la propia administración la que no solo indujo a error a la actora sobre la conducta a seguir cuando el expresó que podía hacer uso de las vacaciones "cuando el trabajo fuera poco", sino que fue ella la de la iniciativa de variar la fecha en que debía disfrutarse del descanso.

Decisión: Confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal.

Fuente: Artículos 136 y 137 del Decreto 937 de 1976.

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

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

Ref.: Expediente No. 5036. Autoridades Nacionales. ACTOR: *MARLINA MORENO QUEJADA*

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la nación (Contraloría General de la República) contra la sentencia del 11 de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el proceso incoado

por Marlina Moreno Quejada en orden para obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 08541 de 21 de octubre de 1988 y 010898 de 21 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales se declaró la vacancia del empleo por abandono del cargo de la actora como jefe de grupo, nivel administrativo grado 14, de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Choco-Quibdó.

Como restablecimiento del derecho, se pide en el escrito introductorio se ordene el reintegro de la demandante al mismo cargo que ocupaba al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar; igualmente, la no solución de continuidad en sus servicios (folios 1 y 2 cuaderno principal).

El a-quo accedió a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que la actora no disfrutó de las vacaciones en la fecha que por mandato del nominador se ordenó en la resolución No. 08734 de 5 de noviembre de 1987, en virtud de que así lo solicitó el jefe inmediato de la demandante, por razones del servicio; que el abandono del empleo es la manifestación del funcionario de no continuar laborando en la entidad en la cual se presta los servicios, afirmación que no es dable hacer en el caso sub-judice, ya que la actora entró a disfrutar de un derecho de carácter legal, tal vez de manera irregular por el procedimiento utilizado; que sin embargo, al demostrar la demandante los motivos que la llevaron a tal comportamiento, la administración debió proceder, a reconsiderar su determinación; que así las cosas el Tribunal comparte las afirmaciones hechas por la parte actora (folios 49 a 55 ibídem).

Por su parte el apoderado de la Nación (Contraloría General de la República) en el escrito de sustentación del recurso de apelación, expone las razones de inconformidad con el fallo apelado, manifestando que está demostrado en este asunto que la autoridad nominadora no concedió el aplazamiento del disfrute de las vacaciones a la demandante, puesto que no existe acto administrativo que así lo ordene; que la conducta asumida por ésta no tuvo en cuenta el régimen de organización interna de la entidad; que es lógico que la administración no puede someterse al capricho de un empleado, pues de ser así, estaría coartando la atribución que tiene el nominador para otorgar vacaciones y para aplazarlas por necesidades del servicio; que por consiguiente, en el caso sub-lite, la actora con su conducta incurrió en las causales b) y c) del artículo 136 del decreto 937 de 1976; que por lo tanto el Contralor General de la República podía declarar la vacancia del cargo como lo establece el artículo 137 del referido decreto; que la demandante no efectuó el trámite correspondiente para el aplazamiento de las vacaciones, las cuales según las normas pertinentes deben ser concedidas por resolución del jefe de la entidad o de los funcionarios en que se delegue dicha facultad; que la delegación no está en poder del jefe de la Sección Territorial de exámen de cuentas del Chocó; que el a-quo apartándose del concepto del agente del Ministerio Público consideró de manera equivocada que el simple acuerdo entre el subalterno y el jefe inmediato era suficiente para el aplazamiento de las vacaciones (folios 75, 76 y 77 ibídem).

En concepto de 30 de noviembre de 1990 la fiscalía cuarta del Consejo de Estado considera que la sentencia apelada debe ser revocada y, en su lugar, negar-

se las pretensiones del libelo (folios 81 a 84 ibídem), toda vez que en el caso sub-examine los actos administrativos impugnados se encuentran ajustados a derecho y no fue desvirtuada en el proceso la presunción de legalidad que los ampara.

Señala la agencia del Ministerio Público en dicho concepto, que resulta un asunto demasiado ingenuo la forma de proceder de la actora, pues es imposible suponer siquiera que ésta desconociera la jerarquía del organismo, en razón al tiempo que llevaba vinculada a la Contraloría y pro la naturaleza del empleo que desempeñaba; que se supone que por elementales que fueran sus conocimientos, sabría qué funcionario era competente legalmente para dictar actos como el de conceder y aplazar vacaciones; que para el efecto no necesitaba de mayores esfuerzos intelectuales, puesto que era suficiente observar las resoluciones que le habían concedido las anteriores vacaciones; que la demandante no estaba autorizada para tomar las vacaciones cuando a su parecer o al de su superior inmediato fuera conveniente, ya que lo indicado era poner tal hecho en conocimiento de la autoridad competente pidiendo su prórroga y obteniendo respuesta por el conducto regular y legal; que la declaración del vacancia del cargo tuvo como fundamento la verificación del hecho que da lugar a ella el literal b) del artículo 136 del decreto 937 de 1976 en armonía con el artículo 137 ibídem y que fue ordenada por la autoridad competente, es decir, el Contralor General de la República.

Admitido el recurso de apelación por auto de 11 de septiembre de 1990 (folio 78 cuaderno principal), cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el caso *sub-judice* la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Contraloría General de la República, mediante los cuales se declaró la vacancia del cargo que desempeñaba la demandante como Jefe de Grupo, Nivel Administrativo, Grado 14, de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Chocó-Quibdó.

Ahora bien, como consta a folio 39 del cuaderno principal, a la demandante se le habían concedido vacaciones mediante la resolución No. 08734 del 5 de noviembre de 1987 suscrita por el Contralor General de la República, entre el 16 de diciembre de 1987 y el 7 de enero de 1988 por el año de servicios prestados del 10 de diciembre de 1986 al 9 de diciembre de 1987, sin que hubiera existido aplazamiento de ellas ordenado por acto administrativo, ni el señalamiento de una nueva fecha para el goce de las mismas.

No obstante lo anterior, como lo expresa la parte actora en el escrito introductorio (folio 3 *ibídem*), en la parte considerativa de la resolución impugnada No. 08541 de 21 de octubre de 1988 se manifiesta que por oficio No. 000271 de agosto 31 de dicho año suscrito por el señor José Torres Girón, Delegado Territorial del Chocó, se confirma que:

> "El jefe de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Chocó, señor OSWALDO CORDOBA ROMANA, informa que efectivamente la seño-

ra MARLYNA MORENO QUEJADA, si se separó del cargo de Jefe de Grupo 14 de dicha Sección Territorial entre el 14 de junio y el 16 de julio del presente año, debido a que no disfrutó de las vacaciones que le fueron concedidas mediante Resolución No. 08734 del 5 de noviembre de 1987. Las razones que el jefe de esa sección territorial esgrime: que fue a pedido de él, por existir para entonces un cúmulo de trabajos en la oficina, y que le sugirió (sic) a la señora MORENO QUEJADA, que cuando el trabajo fuera poco, los disfrutara como en efecto sucedió en dichos meses. Me explicó él que ello ocurrió por necesidad del servicio en la dependencia" (folio 11 *ibídem*).

Por ende, como se infiere del propio texto del acto acusado a que se ha hecho referencia, la ausencia al trabajo de la actora se produjo en virtud de orden impartida por su jefe inmediato; fue así, como este funcionario argumentando necesidades del servicio, como consecuencia del exceso de trabajo existente en la dependencia bajo su mando, para la época en que le habían sido otorgadas las vacaciones a la demandante, le pidió que no las disfrutara para que hiciera uso de ellas cuando la carga laboral fuera poca. Por esta razón, no es dable sostener que en el caso *sub-examine* se haya configurado el abandono del cargo y, por consiguiente, no era procedente dar aplicación en este asunto la figura de la vacancia del empleo, con fundamento en lo estatuído sobre la materia en los artículos 136 y 137 del decreto 937 de 1976, ya que no existió por parte de la actora propósito alguno de abandonar el puesto que ejercía en la Contraloría General de la República, por las circunstancias planteadas. Al contrario, fue la propia administración la que no solo indujo a error a la actora sobre la conducta a seguir cuando le expresó que podía hacer uso de las vacaciones "cuando el trabajo fuera poco", sino que fue ella la de la iniciativa de varias la fecha en que debía disfrutarse del descanso.

En las condiciones anotadas, era la propia administración y no la empleada, la obligada a tramitar el nuevo acto administrativo, que no solo aplazara las vacaciones concedidas, sino que señalara la nueva fecha para hacer uso de ellas. No debe olvidarse que la variación de la oportunidad de disfrutarlas no obedeció a iniciativa de la empleada y que al contrario, no hizo uso de ellas por razones superiores de buen servicio y que mal podía desvinculársela del servicio por haberle prestado una oportuna colaboración a la entidad empleadora.

Finalmente debe la Sala anotar, que el abandono del cargo se origina en el hecho de la no prestación del servicio por parte del empleado, sin justa causa; no es necesario que el empleado manifieste su voluntad "de no continuar laborando en la entidad", como lo expresa el *a-quo* en la sentencia apelada.

Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada proferida el 11 de diciembre de 1989, por el Tribunal Administrativo del Chocó.

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 11 de diciembre de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el proceso instaurado por Marlina Moreno Quejada en orden a obtener la nulidad de las resoluciones Nos. 08541 de 21 de octubre de 1988 y 010898 de 21 de diciembre del mismo año expedidas por el Contralor General de la República, mediante las cuales se declaró la vacancia del cargo que desempeñaba como jefe de grupo, nivel administrativo, grado 14 de la Sección Territorial de Examen de Cuentas del Chocó-Quibdó.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo tercero de la sentencia que se confirma, se atenderá a lo dispuesto por el artículo 128 de la Constitución Política, si fuere del caso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luan, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Ausente;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ASCENSO POSTUMO/MUERTE EN COMBATE

Para que proceda el ascenso póstumo, es preciso que la muerte del Oficial o Suboficial ocurra por hechos inherentes al combate o por acción del enemigo, circunstancias que el Ministerio de Defensa consideró no probadas. La muerte del Capitán Roa Leguizamon, no se produjo en accidente en misión de servicio como lo consideró la resolución acusada, sino por hechos inherentes al combate y en mantenimiento o restablecimiento del orden público, porque se acreditó que en la fecha de la muerte del oficial, se encontraba turbado el orden público y en estado de sitio en todo el país.

DECLARA LA NULIDAD del literal h) numeral 1o. del artículo 1o. de la resolución No. 916 de 22 de abril de 1982 y de la resolución No. 2763 de octubre 26 del mismo año del Ministerio de Defensa Nacional, declara el derecho de que el oficial sea ascendido de forma póstuma al grado de Mayor del ejército Nacional.

Artículo 158 del Decreto 612 de 1977.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre dieciséis(16) de mil novecientos noventa y dos.

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 1808. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Miguel Roa y Herminda Leguizamo de Roa*

Miguel Roa Ruiz y Herminda Leguízamo de Roa, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el antiguo Código Contencioso Administrativo en su artículo 67, pidieron a esta Corporación declarara la nulidad del literal h) numeral 1o. del artículo 1o. de la Resolución No. 916 de 22 de abril de 1982 del Ministerio de Defensa Nacional que dispuso: "Declarar que no hay lugar a ascenso póstumo del señor Capitán SERGIO GUILLERMO ROA LEGUIZAMO, por cuanto las circunstancias que acarearon su fallecimiento no se adecuan a los presupuestos de Ley consagrados en al Artículo 158 del Decreto 612 de 1977"

e igualmente solicitaron la nulidad de la Resolución 2763 de 26 de octubre de 1982 de la misma entidad, que negó la petición de ascenso póstumo de Capitán Sergio Guillermo Roa Leguízamo y el consiguiente reajuste de las prestaciones sociales. Además, se impetró el restablecimiento del derecho en la forma consignada en el petitum de la demanda. (fls. 2-3).

Los HECHOS pertinentes aparecen relatados en forma detallada en la demanda, pero pueden resumirse diciendo que el Capitán del Ejército Sergio Guillermo Roa Leguízamo, hijo de los demandantes en el mes de octubre de 1981, se encontraba de servicio en Monte Líbano (Córdoba) y recibió la orden de su superior de confirmar la existencia de un aeropuerto clandestino, situado sobre la carretera que conduce de Buena Vista a Tierralta. En el operativo que se llevó a cabo el 29 de octubre de 1981, se decomisaron varias armas y se capturó al dueño de la finca y al regreso de Monte Líbano en el cruce que conduce a Rusia, el vehículo del Capitán Roa fue detenido por la Policía que disparó sobre sus ocupantes resultando muerto en el acto el Capitán Roa Leguízamo. (fls. 3-9).

Sobre el momento culminante de los hechos dice la demanda:

> "5o.) Obran también en el informativo las declaraciones de los integrantes de la patrulla de la Policía. De todas ellas se concluye que por falta de absoluta coordinación y por una imprudencia y ligereza inaceptable de los Agentes de la Policía, en el sitio Villa-Fátima, de la carretera que conduce de Planetarrica a Caucasia, siendo aproximadamente las 19:30 horas, atacaron la patrulla del ejército causando la muerte al Capitán SERGIO GUILLERMO ROA LEGUIZAMO y heridas a un Suboficial, convencidos que disparaban sobre una cuadrilla de malhechores que acababa de secuestrar al dueño de la finca "Caballo Blanco". Es decir, en ese momento, en ese preciso instante, la Policía, por error, creyó atacar una cuadrilla de delincuentes". (fl. 8)

Se citaron como disposiciones violadas, los artículos 16, 17 y 169 de la Constitución Política de 1886 y el artículo 158 y concordantes del Decreto 612 de 1977.

El concepto de violación se hace consistir en la circunstancia de que la muerte del oficial ocurrió "por hechos inherentes al combate por acción del enemigo" y en tal virtud, según el artículo 158 del decreto 612 de 1977, el Capitán Roa Leguizamo tenía derecho a ascenso póstumo al grado inmediatamente superior y sus beneficiarios al reajuste de las prestaciones sociales reconocidas. (fls. 9-12)

El proceso se reconstruyó a petición de la parte demandante y en los términos del Decreto 3825 de 1985, (fls. 49-50)

La Fiscalía Quinta de la Corporación pide se aporten al expediente varias actuaciones administrativas que hecha de menos para analizar las circunstancias que rodearon la muerte del oficial y para establecer si ella ocurrió por "accidente en comisión de servicio" o "en combate o por acción del enemigo en mantenimiento del orden público". Y dice que si ello no se acepta, las súplicas de la demanda deben ser negadas.

En atención a la solicitud de la fiscalía, se aportaron los antecedentes administrativos correspondientes en los que aparece fotocopia del informativo No. 077 adelantado para establecer las reales circunstancias en que murió el oficial.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Aun cuando ni en las piezas aportadas por el accionante ni en los antecedentes administrativos remitidos por la entidad demandada a solicitud del despacho aparece la constancia de notificación de los actos acusados, por tratarse de un proceso reconstruído, deduce la Sala que si el libelo fue admitido y la entidad demandada en ningún momento a formulado excepción de caducidad de la acción la demanda fue presentada oportunamente y por ello se pronunciará de fondo sobre sus pretensiones.

Se trata de dilucidar si el fallecido oficial Sergio Guillermo Roa, tenía derecho al ascenso póstumo de acuerdo con lo previsto por el artículo 158 del Decreto 612 de 1977 que en la parte pertinente dispone:

> "**Muerte en combate.** Durante la vigencia del presente Estatuto a la muerte de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo por hechos inherentes al combate o por acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: ..."
>
> "Se comprobará la muerte a causa de los hechos señalados en este artículo, por el resultado de la investigación ordenada al efecto por autoridad competente".

Según el precepto transcrito para que proceda el ascenso póstumo, allí previsto, es preciso que la muerte del Oficial o Suboficial ocurra por hechos inherentes al combate o por acción del enemigo, circunstancias que el Ministerio de Defensa consideró no probadas, según su afirmación de la resolución 2763 en la que concluyó que la muerte del oficial ocurrió por "accidente en misión del servicio".

Se hace por tanto necesario el análisis de los hechos que ocasionaron la muerte del oficial.

Según los "fallos" proferidos en primera instancia por el Comandante del Batallón de Infantería Junín, en donde prestaba sus servicios el Capitán Roa Leguízamo, y en segunda por el Comandante de la Cuarta Brigada, dentro de la investigación adelantada por la muerte del oficial, esta "se produjo en un acto de servicio por causa y razón del mismo" "en cumplimiento de misiones de orden público". (fl. 160-164 C. 2). Y "durante enfrentamientos con miembros de la Po-

licía Nacional en momentos en que cumplía una misión del servicio contra grupos subversivos" (fl. 160). Igualmente se concluyó que "la ocurrencia de los hechos implican responsabilidad de los miembros de la patrulla de la Policía Nacional". (fl. 160).

Por otra parte en el informativo se probó que:

A) El oficial fue comisionado por su superior para ejecutar un operativo militar encubierto en la finca "Caballo Blanco" entre las localidades de Buenavista y Ayapel (Córdoba) y que la misión consistía en ocupar sorpresivamente la finca para detectar el aterrizaje clandestino de un avión de Aeropesca secuestrado por grupos subversivos. El personal militar debía ir en traje de civil y verificaría las actividades del personal de la finca a ocupar. (fl. 141 C. 2). En el operativo se capturó al administrador de la finca.

B) El suboficial de la Policía Nacional Ubaldino Loaiza Leal, fue informado de que en la finca "Caballo Blanco" había sido secuestrado el señor Héctor Arias López "por cinco sujetos desconocidos y armados" por lo cual montó un operativo para interceptarlos. (fl. 146 C. 2).

De lo anterior es fácil deducir que la patrulla policial, enfrentó la patrulla del ejército al mando del Capitán Roa en el entendimiento de que se trataba de un grupo de secuestradores, es decir, que la combatió como si se tratara de personal al margen de la Ley. "Pensé que eran delincuentes declaró uno de los agentes".

No se trató entonces de una muerte meramente accidental, sino de una baja en combate, ocurrida por la apreciación errónea de la patrulla policial que la llevó al enfrentamiento armado con el ejército sin siquiera verificar de quienes se trataba.

Lo razonado significa que la muerte del Capitán Roa Leguízamo, no se produjo "en accidente en misión de servicio" como lo consideró la resolución 2763 acusada, sino por hechos inherentes al combate "y" en mantenimiento o restablecimiento del orden público "porque igualmente se acreditó que el 29 de octubre de 1981, fecha de la muerte del oficial, se encontraba turbado el orden público y en estado de sitio todo el país.

En tal virtud, procede declarar la nulidad de los actos acusados en cuanto negaron el ascenso póstumo del Capitán del ejército Sergio Guillermo Roa Leguízamo al grado inmediato superior y el reconocimiento a los actores de las prestaciones dispuestas por el artículo 158 del Decreto 612 de 1977.

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 literal h), numeral 1o. del artículo 1o. de la resolución No. 916 de 22 de abril de 1982 y de la resolución No. 2763 de octubre 26 del mismo año, del Ministerio de Defensa Nacional.

2o.) DECLARASE el derecho a que Guillermo Roa Leguízamo sea ascendido en forma póstuma al grado de Mayor del Ejército Nacional.

3o.) Como consecuencia de lo anterior, sus beneficiarios Pedro Miguel Roa Ruiz y Herminda Leguízamo de Roa tienen derecho a:

a) Que con cargo al Tesoro Público se les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado de Mayor del Ejército, tomando como base de liquidación, las partidas señaladas en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977.

b) Al reajuste de la cesantía, pensión mensual y primas de servicios y de navidad reconocidas mediante resolución 916 de 1982 para ajustarlas a lo que corresponde al grado de Mayor del Ejército, tomando como base de liquidación las partidas señaladas en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977.

4o.) De lo ordenado liquidar y pagar a los beneficiarios, se descontará lo que hubiesen percibido por razón de las prestaciones que se reajustan.

5o.) La Nación —Ministerio de Defensa Nacional— dará cumplimiento a esta sentencia, en el término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Reconócese a la doctora Martha Cecilia Trejos de Salazar como apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- en los términos del poder que obra a folio 122 del cuaderno principal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luan, Ausente, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ACCION PUBLICA DE NULIDAD

Ha sostenido la Jurisprudencia del Consejo de Estado que son los "móviles y finalidades" de la acción, lo que determina la naturaleza de ésta y no la generalidad o particularidad del acto acusado y que por esta razón también contra actos que reconocen situaciones jurídicas, particulares y concretas, procede la acción pública de nulidad, si al ejercerse ésta, el accionante no actúa con interés distinto del general de la guarda del orden jurídico que se evidencia cuando la declaración de la nulidad del acto no surge un restablecimiento automático de un derecho suyo o de un tercero. En el sub-lite se acciona contra un acto de naturaleza individual y subjetiva pero con la finalidad de la guarda del orden jurídico y en interés de la legalidad considerada en forma general y abstracta, finalidad que se infiere de la circunstancia de que en el supuesto de la nulidad del acto, ni el accionante ni un tercero podría beneficiarse del restablecimiento automático de un derecho.
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 0297 de febrero 24 de 1986 expedida por el Coordinador de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Norte de Santander.

SINDICATOS/JUNTA DIRECTIVA-Elección**/REGISTRO/INSCRIPCION**

Resulta palmario la violación del artículo 18 del Decreto 1469 de 1978 que dispone que "no pueden formar parte de ningún congreso sindical ni hacerse representar en él sino las organizaciones que gocen de personería jurídica, estén funcionando legal y normalmente en el momento de la convocatoria del Congreso y tengan las juntas directivas inscritas". Y como el artículo 25 del mismo decreto prescribe que serán susceptibles de invalidarse las deliberaciones, conclusiones y resoluciones de un congreso o asamblea general federal que se reúnan contraviniendo cualquiera de las disposiciones Capítulo IV, al cual pertenece el citado artículo 18, considera la Sala que su infracción es motivo sufi-

ciente para invalidar la Resolución acusada que accedió a inscribir la Junta Directiva elegida por el Congreso conformado en forma irregular y el Comite Ejecutivo elegido a su vez por la misma directiva.
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución No. 0297 de febrero 24 de 1986 expedida por el Coordinador de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Norte de Santander.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 2063. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Jesús Alirio Muñoz González*

El ciudadano Jesús Muñoz González, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, pidió a esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución No. 0297 de 24 de febrero de 1986 proferida por el Coordinador de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Norte de Santander, por la cual se dispuso "modificar" la Resolución No. 2240 de diciembre 30 de 1985 originaria de la Inspectora Nacional de Trabajo y Seguridad de la Sección de Relaciones Colectivas e Individuales de Inspección de la misma División, ordenando la inscripción en el registro sindical del Comite Ejecutivo y la Junta Directiva Departamental de la Unión de Trabajadores del Norte de Santander, elegida en el XIV Congreso Regional celebrado entre los días 11 al 14 de octubre de 1985, excepto a los señores Peregrino Díaz y Agustín Bautista.

Los **HECHOS** fundamentales de la acción, pueden resumirse, así:

La directiva de la Unión de Trabajadores del Norte de Santander —UTRANORTE— organización federal afiliada a la U.T.C., comunicó a la División Departamental del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, su decisión de celebrar un congreso entre los días 11 y 14 de octubre de 1985, sin especificar la hora y lugar de las sesiones.

En el citado congreso se incurrió en manifiestas violaciones de la ley, tales como haber permitido la participación del Sindicato de empleados públicos del Municipio de Pamplona, que carecía de personería jurídica al momento de la celebración del certamen; del sindicato de empleados del I.C.B.F. Seccional de Norte de Santander, sin estar inscrito en el libro que se lleva en las oficinas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Sindicato de Trabajadores del Hospital de Pamplona que no estaba incluido dentro de la relación de sindicatos actuantes enviada por UTRANORTE a al Inspección del Trabajo.

En calidad de directivos se eligió a una persona que no tenía la antigüedad que exige la ley para tal efecto y otra que no formaba parte de ninguno de los sindicatos que podían participar en el citado congreso; además, se modificaron los estatutos

pretermitiendo la exigencia legal al respecto, se omitió la exigencia de la votación secreta y en papeleta escrita y se resolvió elegir por postulación.

La solicitud de la inscripción de la nueva Junta Directiva y del Comite Ejecutivo fue recibida el 22 de Octubre de 1985 en la Inspección de Trabajo y fue impugnada dentro del término legal por el accionante en su calidad de "federal" y por la empresa American Coal Corporation y después de practicadas algunas pruebas, se profirió la Resolución 2240 de 1985 "por medio del cual no se inscribe una Junta Directiva Departamental y Comite Ejecutivo de una Federación".

Contra dicha providencia se interpusieron los recursos de reposición y apelación, desistiéndose del primero y resolviéndose el segundo mediante el acto acusado, Resolución No. 0297 de 1986.

Citó el accionante como disposiciones violadas los artículos 18, 19 y 25 de Decreto 1469 de 1978 y 422 y 370 del Código Sustantivo del Trabajo. El concepto de violación lo desarrolla a folios 52-57 y a él se hará referencia en el curso de ésta providencia en lo que fuese pertinente.

La Fiscalía Quinta emitió su concepto y estimó que de acuerdo con la teoría de los motivos y finalidades, la acción incoada es la de restablecimiento del derecho, por cuanto, de accederse a las súplicas de la demanda, se afectarían los derechos particulares de quienes fueron elegidos como miembros de la Junta Directiva y del Comité Ejecutivo de la Unión de Trabajadores del Norte de Santander. Dice que en este orden de ideas la demanda no fue presentada oportunamente, que el acto fue notificado al actor el 28 de febrero de 1986 y el libelo presentado el 15 de julio del mismo año, cuando ya había vencido el término previsto para ello en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, produciéndose la càducidad de la acción. (fls. 86-90)

No observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Expresa el accionante en la demanda que ejerce la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, lo que se evidencia en el petitum de la demanda, en el que se pide la nulidad del acto acusado sin impetrar restablecimiento de derecho alguno.

Ha sostenido la Jurisprudencia del Consejo de Estado que son los "móviles y finalidades" de la acción, lo que determina la naturaleza de ésta y no la generalidad o particularidad del acto acusado y que por esta razón también contra actos que reconocen situaciones jurídicas, particulares y concretas, procede la acción pública de nulidad, si al ejercerse ésta, el accionante no actúa con interés distinto del general de la guarda del orden jurídico que se evidencia cuando de la declaración de la nulidad del acto no surge un restablecimiento automático de un derecho suyo o de un tercero.

En el *sub-lite* se acciona contra un acto de naturaleza individual y subjetiva pero con la finalidad de la guarda del orden jurídico y en interés de la legalidad considerada en forma general y abstracta, finalidad que se infiere de la circunstancia de que el supuesto de la nulidad del acto, ni el accionante ni un tercero podría beneficiarse del restablecimiento automático de un derecho.

En tal virtud, no procede un fallo inhibitorio por caducidad de la acción, como lo solicita el Ministerio Público y la Sala avocará el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda.

Denuncia el accionante en primer término la infracción del artículo 18 del Decreto 1469 de 1978, por cuanto en el Congreso Regional de "Utranorte" que eligió la Junta Directiva Departamental de la misma, participó el Sindicato de Empleados Públicos del Municipio de Pamplona que carecía de Personería Jurídica al momento de la celebración de tal evento; en segundo lugar, invoca la transgresión del artículo 19 del Decreto 1469 de 1978 por que no se dio cumplimiento al aviso que debe darse a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, "con un anticipación a la fecha de reunión no inferior a cinco días hábiles con inclusión del día, el nombre, la hora y el lugar de la reuniones, el nombre, el domicilio y la personería de las organizaciones que van a participar y la lista de los afiliados activos que la integran, para efectos de la representación correspondiente; y por último afirma el quebranto del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que el Congreso de "Utranorte" modificó los estatutos de éste organismo y a esta modificación se le dio efecto inmediato, pues solamente se eligieron trece miembros del Comite Ejecutivo, de los 20 que debieron designar de acuerdo con los estatutos vigentes.

Revisando los antecedentes administrativos encuentra la Sala que evidentemente en el XIV Congreso Sindical de "Utranorte" que se llevó a efecto del 11 al 14 de octubre de 1985 participó, a través de delegado, el Sindicato de Empleados Públicos del Municipio de Pamplona que para entonces carecía de personería jurídica pues sólo mediante Resolución 03511 de 17 de Octubre de 1985 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le fue reconocida (fl. 432-434 c. antecedentes); ello aparece probado en la relación de sindicatos participantes que obra a folio 326. Y no solamente participó el sindicato en mención en el congreso, sino que su delegado, el señor Agustín Bautista resultó elegido como miembro de la Junta Directiva de "Utranorte" y como tal eligió al Comite Ejecutivo (fls. 246 a 247).

Resulta palmario por tanto la violación del artículo 18 del Decreto 1469 de 1978 que dispone que "no pueden formar parte de ningún congreso sindical ni hacerse representar en él sino las organizaciones que gocen de personería jurídica, estén funcionando legal y normalmente en el momento de la convocatoria del congreso y tengan las juntas directivas inscritas".

Y como el artículo 25 del mismo Decreto prescribe que serán susceptibles de invalidarse las deliberaciones, conclusiones y resoluciones de un congreso o asamblea general federal que se reúnan contraviniendo cualquiera de las disposiciones del Capítulo IV, al cual pertenece el citado artículo 18, considera la Sala

que su infracción es motivo suficiente para invalidar la Resolución acusada que accedió a inscribir la Junta Directiva elegida en el congreso conformado en forma irregular y el Comité Ejecutivo elegido a su vez por la misma directiva.

Lo anterior significa que habrá de anularse la inscripción en el registro sindical tanto de la Junta Departamental de "Utranorte" como el Comité Ejecutivo elegidos en el congreso regional celebrado los días 11 a 14 de octubre de 1985, por estar viciada de nulidad, por irregularidad en el procedimiento, la elección de dichos organismos, según lo previsto en el artículo 18 del Decreto 1469 de 1978 en concordancia con el artículo 25 ibídem invocados como contrariados por el demandante.

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

FALLA:

DECLARESE LA NULIDAD de la Resolución No. 0297 de febrero 24 de 1986 expedida por el Coordinador de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Norte de Santander.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luan, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES-Imprescriptibilidad/**ACCION JUDICIAL/CADUCIDAD/PRESTACIONES PERIODICAS/PRESCRIPCION**-Improcedencia

La Sala reiteradamente ha sostenido que si bien el derecho sustancial respecto de prestaciones periódicas no prescribe, la acción judicial si caduca, y que por ello los actos administrativos deben acusarse ante la jurisdicción dentro de los términos que dispone la ley, antes la Ley 167 de 1941 y a partir del 1o. de marzo de 1984, el decreto 01 del mismo año, so pena de que la acción sea declarada extemporánea.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 1054 (6678). RECONSTRUCCION. Actor: *Antonio José Gaitán Caballero*

Antonio José Gaitán Caballero, mediante apoderado, en ejercicio de la acción denominada por la época de plena jurisdicción, prevista en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación la nulidad de las Resoluciones números. 2201 de 26 de mayo de 1981 y 4209 de 9 de septiembre del mismo año, expedidas por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y la No. 1986 de 16 de julio de 1981 originaria del Ministerio de Defensa Nacional, "en cuanto fijan la fecha del reconocimiento de asignación de retiro el día 1o. de julio de 1975, en vez de la fecha de la baja fiscal desde la cual se debe esta prestación". (fl. 3)

A título de restablecimiento del derecho se pidió que el pago de la asignación de retiro "se efectúe a partir de la fecha de baja fiscal, 20 de marzo de 1969, en vez del 1o. de julio de 1975. Además deberá tener en cuenta la liquidación que el monto consolidado y que comprende el período del 20 de marzo de 1969 al 1o. de julio de 1975 deberá corregirse en los términos porcentuales inflacionarios que fije

el Banco de la República y pagarse en su valor constante y monetario hasta la fecha de la sentencia, y de ésta en adelante, se afectará o incrementará en los respectivos intereses de mora". (fl. 3)

Los HECHOS de la demanda aparecen relatados a folios 3 y 4 y en lo pertinente, a ellos se referirá ésta providencia.

Se invocaron como disposiciones violadas, los artículos 17 y 26 de la Constitución de 1886; artículos 15 del Decreto 1305 de 1975; artículo 114 del Decreto 2338 de 1971; artículos 45, 46 y 47 de la Ley 153 de 1887 y artículo 2359 del Código Civil.

El concepto de violación lo hace consistir el accionante en que el artículo 15 del Decreto 1305, en los casos de separación disciplinaria, ordena pagar la asignación de retiro desde el día de la baja fiscal y la baja fiscal en este caso fue el 20 de marzo de 1969, lo que indica que "el restablecimiento del derecho es a partir de esa fecha y no de 1o. de julio de 1975"; lo anterior es contrario a lo ordenado en el artículo 114 del Decreto 2338 de 1971; además el criterio que se adoptó para establecer el término prescriptivo de cuatro (4) años, es violatorio del artículo 2359 del Código Civil que ordena la interrupción de la prescripción y de sus términos con la presentación de la demanda judicial; por lo cual hubo interrupción de ese término por la presentación de la demanda ante la jurisdicción contenciosa. Pide por último que en la liquidación del derecho a asignación de retiro y su cuantía se tome en cuenta la corrección monetaria. (fls. 4-6).

El proceso se reconstruyó a petición de la parte demandante y en los términos previstos en el Decreto 3825 de 1985. (fls. 39-40).

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que desde el momento en que se presentó la petición de elaboración de la Hoja de Servicios Militares se interrumpió la prescripción de las mesadas anteriores al 1° de julio de 1975, según la afirmación contenida en la demanda, pero que no se puede señalar a partir de qué fecha se interrumpió la prescripción del derecho a la asignación del retiro, porque no obra constancia en el expediente de cuándo se hizo la petición. Agrega que al retiro del accionante se encontraban vigentes la ley 16 de 1969 y el Decreto 3071 de 1968, por lo que tenía derecho a la asignación de retiro. Pero que la petición de reajuste monetario no procede, pues ninguna norma contempla esa eventualidad y los intereses, tampoco proceden antes que el asunto sea decidido por la jurisdicción. (fls. 52-55).

A petición de la Fiscalía, se aportaron al proceso los actos demandados. (fls. 63-70).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La demanda pretende la nulidad de tres (3) actos:

La Resolución 2201 de mayo 26 de 1981 expedida por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en virtud de la cual se le concedió al accionante una asignación mensual de retiro a partir del 1o. de julio de 1975, (fls. 62-66); la Resolución 1986 de julio 16 del mismo año, originaria a nombre del Ministerio de Defensa Nacional por la cual, se aprueban las decisiones tomadas en la anterior, (fls. 69-70) y la Resolución 4209 de 1981 emanada del Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que oficiosamente revocó el reconocimiento del subsidio familiar hecho al beneficiario en el artículo 3o. de la Resolución 2201 de 1981, declarando este ordenamiento sin validez ni efecto.

Las Resoluciones 2201 y 1986 de 1981 integran sin duda un acto complejo, pues la segunda, que proviene de un órgano diferente, es aprobatoria de la primera; ello implica que su demanda ante la jurisdicción deba hacerse en forma conjunta ya que se trata de un solo acto.

No puede afirmarse lo mismo en relación con la Resolución 4202 que ciertamente no corresponde a la misma actuación administrativa de las autoridades sino una posterior, como quiera que en ella, la administración oficiosamente decidió revocar uno de los ordenamientos del acto administrativo complejo que ya se encontraba ejecutoriado.

La anterior precisión debe hacerse, porque siendo acusables por separado el acto complejo integrado por las Resoluciones 2201 y 1986 de 1981 por una parte y por otra la Resolución 4202,la caducidad de la acción tiene ocurrencia en forma independiente y la expedición de la última no tiene la virtualidad de restituir el término con que contaba el interesado para acusar ante la jurisdicción el primer acto.

Ahora bien, la Resolución 1986 de 1981 aprobatoria de la 2201, se notificó al señor apoderado del beneficiado, el 22 de julio de 1981 (fl. 70 vto.) y la demanda se presentó el 2 de febrero de 1982 (fl. 6) cuando ya había transcurrido un término superior a cuatro (4) meses para incoarla, según lo previsto en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941.

La Sala reiteradamente ha sostenido que si bien el derecho sustancial respecto de prestaciones periódicas no prescribe, la acción judicial sí caduca, y que por ello los actos administrativos deben acusarse ante la jurisdicción dentro de los términos que dispone la ley, antes la ley 167 de 1941 y a partir del 1o. de marzo de 1984, el Decreto 01 del mismo año, so pena de que la acción sea declarada extemporánea.

En relación con la nulidad de la Resolución 4209 de septiembre 9 de 1981 de cuya notificación no aparece constancia, la Sala observa que en el libelo no se expresó el concepto de violación, pues el accionante se limitó a pedir su nulidad en cuanto fija la fecha del reconocimiento de asignación de retiro y como puede evidenciarse, en este acto no se fija tal fecha sino que simplemente se menciona el ordenamiento de la Resolución 2201 de 1981. Lo anterior no permite a la Sala examinar otros aspectos de su legalidad pues sabido es que la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada.

Por lo anteriormente expuesto la Sala de una parte proferirá fallo inhibitorio con relación de la solicitud de nulidad de las Resoluciones 2201 y 1986 de 1981, por caducidad de la acción y respecto a la petición de nulidad de la resolución 4209 del mismo año, denegará las súplicas de la demanda.

Por lo considerado, 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 INHIBIDO** para un pronuncionamiento de mérito respecto a la petición de nulidad de las Resoluciones 2201 de mayo 26 de 1981 del Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y 1986 de 16 de julio del mismo año, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, **por caducidad de la acción.**

2o.) **DENIEGASE** la nulidad de la Resolución 4209 de 9 de septiembre de 1981 del Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Ausente; *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Guillermo López Guerra,* Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONCEJO MUNICIPAL/SECRETARIO ASESOR/INSUBSISTENCIA/ MESA DIRECTIVA/COMPETENCIA.

No obstante lo estatuido en el artículo 25 del acuerdo 05 de 1962 proferido por el Concejo Municipal de Cúcuta, según el personal de la secretaria del mencionado Concejo será designado por la comisión de la mesa con excepción de los Secretarios de esa Corporación, el artículo 7o. del acuerdo 31 de 1976 dispuso la modificación de la denominación de los cargos de Bibliotecario de las comisiones permanentes y Jefe de Información, Prensa y Relaciones Públicas por el de Secretario Asesor de las comisiones permanentes, cuyo nombramiento seguirá correspondiendo a la Mesa Directiva del Concejo. Para la fecha de expedición del acuerdo 05 de 1962 se infiere que no existía el empleo de Secretario Asesor. Así las cosas, no es dable en el caso sub-lite equiparar el empleo de Secretario Asesor del Concejo Municipal al cargo de Secretario General, pues teniendo en cuenta la forma como tubo origen aquél no resulta procedente establecer su equivalencia con este último. Como en principio quien tiene la competencia para nombrar cuenta así mismo con la facultad de remover, se concluye que la Mesa Directiva del Consejo Municipal del Concejo de Cúcuta se tenía atribución para desvincular del servicio a la actora.
Confirma la sentencia apelada.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 354. ASUNTOS MUNICIPALES. Actor: *Dora Silva Cabrales*

La señora Dora Silva Cabrales interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 15 de Junio de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander.

Reconstruido el proceso por auto de 4 de diciembre de 1986 (fl. 65), no observándose causal alguna de nulidad procesal y efectuado el trámite correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La parte actora, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho, "demandó ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander la declaración de nulidad de la resolución No. 176 de 4 de diciembre de 1984 proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de la Ciudad de Cúcuta, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante del cargo de Secretario Asesor de la citada Corporación administrativa y se designó su reemplazo (fl. 16).

En el capítulo de las normas violadas y el concepto de la violación (fls. 10, 11 y 12) la parte demandante afirma que la Comisión de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Cúcuta al dictar el acto administrativo impugnado procedió sin competencia alguna, pues usurpó la facultad que corresponde a dicho Concejo en pleno en cuanto a la designación de Secretarios de esa Corporación, acorde con lo estatuido en el acuerdo No. 05 de 1962 sobre reglamento interno y por no seguirse el procedimiento especial señalado en el artículo 02 del Decreto No. 49 de 1932 que además en este asunto la referida comisión no obró en procura del buen servicio, como lo preceptúan los artículos 2 y 3 de la ley 58 de 1982.

El tribunal, en el fallo apelado, negó las pretensiones del escrito demandatorio, pues consideró que varios aspectos hacen pensar que los Secretarios Asesores no son aquellos a los cuáles se refiere el artículo 25 del acuerdo No. 05 de 1962; que en el título segundo de este acuerdo no aparecen tales secretarios como integrantes de los "oficiales del Concejo"; que dentro de su artículo 25 donde se determina el personal de la secretaría de esta Corporación no están aquellos empleados; que en ese estatuto no se especifican las funciones de los Secretarios asesores, entre otras cosas, en atención a que para esa época no se habían creado esos cargos; que no obstante el acuerdo No. 31 de diciembre 29 de 1976 y el decreto 345 de 1979 en los cuales figuran los secretarios asesores dentro de los empleos del Concejo Municipal, no es menos cierto que de ello no se desprende la calidad de Secretario General, quién si tiene las funciones propias de su destino; que en el acuerdo 31 de 1976 se alude al Secretario Asesor pero de las comisiones y no del concejo; que los Secretarios Asesores tienen atribuciones que corresponden a las de Bibliotecario asesor de las comisiones permanentes y Jefe de Información, Prensa y relaciones públicas; que el artículo 7o. del citado acuerdo consagra que los Secretarios Asesores tendrán el mismo período, sueldo y gastos de representación del Secretario General, pero su nombramiento seguirá correspondiendo a la Mesa Directiva del Concejo Municipal; que no existe disposición legal que indique que los Concejos deben elegir a los comentados secretarios; que así las cosas es obvio que no pudo desconocerse el artículo 2 del Decreto 49 de 1932; que como los Secretarios Asesores no pueden calificarse como secretarios generales de los Concejos, tampoco el acto enjuiciado infringió los artículos 33 y 34 del reglamento interno; que

no existe ninguna prueba dentro del proceso de la cual se infiera que la resolución acusada fue dictada con desviación de poder, en lo ateniente al señalamiento que hace el actor de la violación de la ley 58 de 1982 (fls. 1 a 6).

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 21 a 24), se afirma, entre otras cosas, que inequívocamente el acuerdo No. 5 de 1962 señala reiteradamente en plural y no en singular los cargos de Secretarios del Concejo; que en el reglamento interno en cambio la palabra Secretario en singular solo se usa en determinados casos, de lo cual se infiere que además del Secretario General hay otros secretarios, los denominados Secretarios Asesores del Concejo, cuya provisión compete exclusivamente a la Corporación en pleno, que esta competencia se hace más evidente cuando también la ley señala como atribución propia del cabildo la elección del Secretario General de la Corporación y a quien por otra parte le establece un período igual al de los concejales que lo designan; que el a-quo no tiene razón cuando dice que los secretarios asesores no son secretarios del concejo municipal; que en un estado de derecho las atribuciones de las ramas del poder público, órganos y funcionarios están expresamente reguladas; que es claro que si una norma jurídica señala unas determinadas competencias, solo un precepto de igual categoría o jerarquía puede alterar o substituir esas competencias; que no existe ninguna disposición que autorice a los concejos a delegar en dependencias internas o ajenas a esas corporaciones la elección de los funcionarios pertinentes.

Ahora bien, se advierte en primer término, que como en el proceso reconstruido no constan los acuerdos Nos. 05 de 1962 y 31 de diciembre 29 de 1976 proferidos por el concejo municipal de la ciudad de Cúcuta (fls. 121 y 137), la sala deberá tener en cuenta para resolver el recurso de apelación el texto de los citados acuerdos a que alude la sentencia recurrida de 15 de junio de 1985 dictada por el Tribunal administrativo del Norte de Santander.

No obstante lo estatuído en el artículo 25 del acuerdo No. 05 de 1962, según el cual el personal de la secretaria del mencionado Concejo será designado por la comisión de la mesa con excepción de los secretarios de esa Corporación, el artículo 7o del acuerdo No. 31 de 29 de diciembre de 1976 dispuso la modificación de la denominación de los cargos de Bibliotecario Asesor de las comisiones permanentes y Jefe de Información, Prensa y Relaciones Públicas por el de Secretario Asesor de las comisiones permanentes, cuyo nombramiento seguirá correspondiendo a la Mesa Directiva del Concejo.

De dicho artículo del acuerdo No. 31 de 1976 se infiere que para la fecha de expedición del acuerdo No. 05 de 1962 no existía el empleo de Secretario Asesor que vino al sustituir a los cargos anteriormente referenciados, por cambio en la denominación de los empleos, cuya designación correspondía a la mesa directiva del Concejo como se dispuso igualmente para la provisión de aquel puesto.

Así las cosas, no es dable en el caso sub-lite equiparar el empleo de Secretario Asesor del Concejo Municipal de la ciudad de Cúcuta al cargo de Secretario General de esta Corporación, pues teniendo en cuenta la forma en que tubo origen aquel, no resulta procedente establecer su equivalencia con este último, cuyas funciones se desarrollan a nivel del Concejo como cuerpo colegiado, mientras el em-

pleo de Secretario Asesor está adscrito a las comisiones permanentes, como lo dice el artículo 7o. del acuerdo No. 31 de 1976.

Obsérvese que la actora, según lo manifiesta la propia parte demandante en los hechos del libelo (fl. 10), por resolución No. 167 de diciembre 16 de 1983 expedida por la mesa directiva del Concejo Municipal fue nombrada en el cargo de Secretario Asesor, es decir, por la misma autoridad que posteriormente produjo la declaración de insubsistencia del nombramiento mediante el acto administrativo impugnado (fls. 16 y 47). Según estas circunstancias, lo irregular vendría a ser en este asunto el acto acusado que ordenó el retiro del servicio de la demandante y no la resolución a través de la cual se le incorporó a la administración municipal.

Como en principio quien tiene la competencia para nombrar cuenta así mismo con la facultad de remover, se concluye que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Cúcuta sí tenía atribución para desvincular del servicio a la actora de la manera como lo hizo mediante la resolución No. 176 de 4 de diciembre de 1984, pues no está demostrado en el proceso reconstruido que para el momento de dictarse este acto la competencia señalada a dicha mesa en el artículo 7o del acuerdo No. 31 de 1976 hubiera sido radicada en una autoridad distinta, por lo que el fallo apelado del *a-quo* amerita su confirmación.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo Norte de Santander el 15 de junio de 1985, en el proceso incoado por la señora Dora Silva Cabrales en orden a obtener la nulidad de la resolución No. 176 de 4 de diciembre de 1984 expedida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Cúcuta, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como secretario asesor de dicha Corporación.

Copíese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ASIGNACION DE RETIRO-Improcedencia

El tiempo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, deberá ser la que corresponda a lo dispuesto en los Decretos Leyes 501 de 1955 y 3071 de 1968, normas que invoca el acto acusado, vigentes en la fecha de retiro del demandante y según los cuales la asignación de retiro, equivale al 50 del sueldo correspondiente a su grado por los primeros diez años de servicio, pues el tiempo que duró en prisión, no es susceptible de serle computado, habiendo sido condenado. De conformidad con las normas de la asignación de retiro, debe computarse únicamente el tiempo de servicio en actividad, y no el tiempo en que estuvo privado de la libertad, pues no existe disposición legal que ordene tener en cuenta el citado tiempo, ya que no fue absuelto de los cargos formulados.

Niéguense las súplicas de la demanda.

Decretos leyes 501 de 1955 y 3071 de 1968.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Ref.: Expediente No. 1010. Actor: *Armando Alfonso Jaramillo*. RESOLUCIONES MINISTERIALES

ARMANDO ALFONSO JARAMILLO RAMIREZ, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de las resoluciones No. 296 del 5 de abrió de 1982 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la No. 1680 del 13 de julio de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, así como el acto de trámite contenido en la hoja de servicios militares, mediante las cuales se le otorgó la asignación de retiro en cuantía inferior a la debida y con efecto retroactivo menor al que le correspondía.

Como hechos en que fundamenta su solicitud expresa que le fue reconocida una asignación de retiro del 50% del sueldo de Sargento 2o., con base en 10 años y dos meses de servicios cuando en realidad el término fue de 15 años 6 meses y 3 días, que por aproximación como ocurre con la cesantía debe ascender a 17 años.

Señala el actor que fue retirado del servicio activo en forma absoluta mediante sentencia condenatoria de fecha 18 de diciembre de 1966, confirmada posteriormente por el Tribunal Superior Militar y con baja efectiva a partir del 1o. de julio de 1968.

Agrega, que mediante providencia de 18 de febrero de 1982, le fue levantada la pena accesoria de la pérdida de la asignación de retiro, y el 12 de marzo de dicho año solicitó el reconocimiento de dicha asignación, la cual le fue conferida a partir del 12 de marzo de 1978, cuando ha debido ser a partir de la baja fiscal en el año de 1968.

En el expediente reconstruido no obra copia de oposición a la demanda, ni de alegatos de conclusión. A pesar de haberse notificado al Ministerio de Defensa Nacional en la etapa de reconstrucción, tampoco hay constancia de que se haya constituido apoderado judicial.

La providencia que decreto su reconstrucción, ordenó pasar el expediente al fiscal, para concepto de fondo.

La Fiscalía Cuarta considera que las súplicas de la demanda deben ser negadas, por estimar lo siguiente:

> "La fiscalía cree que este criterio es errado, ya que, como lo asevera el demandante, la fecha a partir de la cual se adquirió el derecho a la asignación de retiro es, precisamente, la de éste, que en el caso de autos ocurrió el 1o. de julio de 1968, según se afirma en la resolución No. 0296 (fl. 2) y lo respalda la hoja de vida que obra al folio 64 fte., *y en la que se hace deducción del tiempo que el demandante estuvo en la prisión.* Esta deducción la protesta la actora pero la fiscalía la encuentra ajustada a derecho y a la lógica (distinto sería el razonamiento para la hipótesis de que el incriminado hubiera sido absuelto, pero no fue así). Queda así absuelta la inquietud de la actora, cuando, en el libelo demandatorio, dice: "entendiendo que también se demanda el acto de trámite contenido en la hoja de servicios militares expedida solamente con tiempo de 10 años 2 meses". En cuanto a la prescripción de las mesadas se tiene que de las causadas hasta el 10 de marzo de 1978 (fecha de la primera reclamación) habían prescrito..." (se subraya).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La baja del actor, como Sargento 2o. del ejército, se produjo en el año de 1968 como consecuencia de condena judicial y la pena accesoria de pérdida de la asignación de retiro que le fuera impuesta como lo estimo el propio acto acusado,

desapareció para el personal militar, a partir del 1o. de enero de 1972, fecha en que entró a regir el Decreto Ley 2337 de 1971, estatuto que derogó dicha sanción para el personal militar que fuera condenado.

2) Como el actor considera que la acción de retiro le debía ser concedida a partir del año de la baja fiscal en 1968, debe expresarse que el Decreto Ley 2337 de 1971 en ninguno de sus artículos prescribió la posibilidad de que como efecto de la extinción de esta pena en el estatuto penal militar, pudiera otorgarse la asignación de retiro, con retroactividad a la baja fiscal, del militar condenado.

3) Como la demanda y el propio acto acusado aceptan que el actor reclamó el día 12 de marzo de 1978 la formación de la hoja de servicios con el fin de obtener la asignación de retiro, es esta la fecha que debe tenerse en cuenta para el otorgamiento de las mesadas de tal prestación social, las cuales no pueden concederse sino hasta cuatro años hacia atrás en virtud de que la administración alegó en su favor la prescripción que conforme al inciso 2o del artículo 142 del Decreto 612 de 1977 está señalada en dicho término. (fl. 3)

Textualmente prescribe esta disposición.

"(...)"

"El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto *prescribe a los cuatro (4) años*, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible.

El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada, interrumpe la prescripción determinada pero solo por un lapso igual". (Se subraya).

4) Por lo tanto, cuando los actos acusados, conceden la asignación de retiro al actor, a partir del día 12 de Marzo de 1978, se estima que el Ministerio de Defensa, obró conforme a derecho, no estando llamadas a prosperar las súplicas del actor, por este aspecto.

5) Examinada la hoja de servicios No. 066 E.J.C., se concluye que el actor estuvo vinculado a las Fuerzas Militares durante un total de 15 años y 10 días, contando tiempos dobles, según lo expresa la hoja de servicios, término al cual le dedujeron 4 años, 10 meses y 10 días, en virtud de que estuvo en prisión entre el primero de abril de 1965 y el primero, de octubre de 1967, período este también doblado, lo cual arroja un total de 10 años y 2 meses de servicios efectivos.

Textualmente dicha hoja de servicios registra lo siguiente:

NOVEDAD	DISPOSICION		FECHAS		TIEMPO		
	Número y año		DE	A.	A.	M.	D.
SOLDADO	O.D.	SIN-56	01-DC-56	01-EN-58	01	01	00
CABO SEGUNDO	O.D.	0288-57	01-EN-58				
SGTO.SEGUNDO	O.A.P.	1-081-63	01-JN-63				
BAJA	RES.	4473/68		01-JL-68	10	06	00
TIEMPO DOBLE	DTO.	0329-58	03-DC-58	12-EN-59	00	01	10
TIEMPO DOBLE	DTO.	1048-70	11-OC-61	31-DC-61	00	02	20
TIEMPO DOBLE	DTO.	1048-70	21-MY-65	01-JL-68 01	03	01	10
SUB-TOTAL SERVICIOS					**15**	**00**	**10**
DEDUCCIONES:							
TIEMP.PRISION	RES.	002/65	01-AB-65	01-OC-67	02	06	00
TIEMPO DOBLE	DTO.	1048-70	21-MY-65	01-OC-67	02	04	10
TOTAL DEDUCCIONES					**04**	**10**	**10**
TOTAL SERVICIOS					**10**	**02**	**00**

SON: DIEZ (10) AÑOS, DOS (2) MESES, CERO (00) DIAS.

6) Por consiguiente, el tiempo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, deberá ser la que corresponda a lo dispuesto en los decretos leyes 501 de 1955 y 3071 de 1968, normas que invoca el auto acusado, vigentes en la fecha de retiro del demandante y según los cuales la asignación de retiro, equivale al 50% del sueldo correspondiente a su grado por los primeros 10 años de servicio, pues el tiempo que duró en prisión, no es susceptible de serle computado, habiendo sido condenado.

7) De conformidad con las normas de la asignación de retiro, debe computarse únicamente el tiempo de servicio en actividad, y no el tiempo en que estuvo privado de la libertad, pues no existe disposición legal que ordene tener en cuenta el citado tiempo, ya que no fue absuelto de los cargos formulados.

Por este motivo, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda respecto a este cargo.

8) Como igualmente el demandante manifiesta que las fracciones de tiempo mayores de seis meses deben aproximarse al año para el computo de la asignación de retiro, pues así está permitido para la liquidación de auxilio de cesantía, deberá decirse que las prestaciones sociales deben liquidarse con los factores que a cada una de ellas señale la ley, sin que sea posible aplicarles por analogía las normas que regulan materias semejantes. La analogía es viable aplicarla, siempre y cuando el hecho carezca de una solución legal, pero no para obtener un mayor beneficio económico no autorizado por la ley.

Examinando el decreto ley 3071 de 1968 se observa que la fracción de servicio superior a seis meses puede aproximarse al año, cuando se trata de la liquidación del auxilio de cesantía, excepción que no autoriza su práctica respecto de las de-

más prestaciones sociales, según puede leerse del texto de tal artículo. Dice este precepto lo siguiente:

"El oficial o suboficial de las fuerzas militares que sea retirado o se retire del servicio activo por cualquier causa, tendrá derecho a que el tesoro público le pague por una sola vez un *auxilio de cesantía igual* a un mes de los haberes correspondientes a su grado por cada año de servicio o fracción de *seis (6) meses o más* y a las indemnizaciones que por incapacidad le puedan corresponder". (Se subraya)

Tampoco están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda por este aspecto.

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: *NIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA*

SEGUNDO: En firme este proveído archívese el expediente.

COPIESE, COMUNIQUESE, Y CUMPLASE

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Jaime Ahumada Díaz, Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA-Interpretación

El demandante si presenta una pretensión concreta de restablecimiento de su derecho que hace que la acción incoada no sea la de simple nulidad del acto. Por otra parte, no es esencial para la demanda en forma que la acción que se enuncia sea la adecuada, pues conforme al artículo 86 del C. de P. C., es el Juez quien debe darle el trámite que legalmente corresponda.
DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 105872 de 25 de octubre de 1985, junto con su auto declaratorio y la No. 105967 de 6 de diciembre de 1985 actos expedidos por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, y la Resolución 0674 de octubre 3 de 1986 dictada por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas del Trabajo, en cuanto ordenaron la inscripción de un miembro de una junta directiva.

ACTO ADMINISTRATIVO/ VIGENCIA-Pérdida/**JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**-Juzgamiento/**PERDIDA DE VIGENCIA DEL ACTO**

La pérdida de la vigencia de los actos no impide que la corporación pueda pronunciarse sobre su legalidad, puesto que si éstos surtieron efectos legales mientras tuvieron vida jurídica hay lugar a que sean juzgados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 105872 de 25 de octubre de 1985, junto con su auto declaratorio y la No. 105967 de 6 de diciembre de 1985 actos expedidos por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, y la Resolución 0674 de octubre 3 de 1986 dictada por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas del Trabajo, en cuanto ordenaron la inscripción de un miembro de una junta directiva.

SINDICATO DE INDUSTRIA/JUNTA DIRECTIVA-Miembros

La Sociedad Croydon S.A., si bien utiliza como materias primas caucho y plástico, la proporción de estos materiales en sus confecciones es mínima, comparada con otros elementos, y además, ni fabrica ni transforma tales materiales sino que simplemente los corta y ensambla al elaborar sus confecciones. Por estas razones no puede considerarse que su actividad hace parte de la rama industrial del caucho o del plástico. De manera que el señor inscrito como miembro de la Junta Directiva de "SINTRACAUCHOPLASTICO", por los actos administrativos enjuiciados no estaba ejerciendo en el momento de la elección actividad característica del sindicato como se exige legalmente.

DECLARA LA NULIDAD de las Resoluciones 105872 de 25 de octubre de 1985 junto con su auto declaratorio y la No. 105967 de 6 de diciembre de 1985 actos expedidos por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, y la Resolución 0674 de octubre 3 de 1986 dictada por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas del Trabajo, en cuanto ordenaron la inscripción de un miembro de una junta directiva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Ref.: Expediente No. 2490. RESOLUCIONES MINISTERIALES. Actor: *Croydon S.A.*

La Sociedad Croydon S.A., a través del apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", presentó demanda ante esta Corporación el 14 de febrero de 1987 solicitando la declaración de nulidad de la Resolución No. 105372 de octubre 25 de 1985 proferida por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de trabajo la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, del auto aclaratorio dictado el 8 de noviembre de dicho año y de las Resoluciones Nos. 105967 de diciembre 6 de 1985 expedida por aquella funcionaria y 0674 de octubre 3 de 1986 del Jefe de la Sección de la citada dependencia administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (folio 21), mediante las cuales se resuelven los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la resolución No. 105872 de 1985 y se confirma en todas sus partes este acto administrativo.

Como restablecimiento del derecho la parte actora solicitó que no se obligue a Croydon S.A., a considerar como miembro de la Junta Directiva del Sindicato Seccional de Trabajadores de la Industria del Caucho y Plásticos "SINTRACAUCHOPLASTICO" a una persona que a pesar de tener la calidad de trabajador de

la empresa no puede formar parte de dicha directiva, ya que la citada organización sindical no puede cumplir sus labores como sindicato de industria en las instalaciones de Croydon S.A.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de los actos acusados, los artículos 356 y 388 del Código Sustantivo del Trabajo y 24 del Decreto No. 2351 de 1965, mediante el cual se subrogó el artículo 406 de dicho código (folio 25).

Al exponer el concepto de la violación, la parte demandante señala que resulta imperativo establecer en el caso *sub-lite* que "SINTRACAUCHOPLASTICO" no puede admitir de conformidad con sus estatutos y acorde con su denominación a trabajadores de la industria del calzado, que es la actividad de Croydon S.A., que fabrica zapatos, ropa deportiva, accesorios para deportes y uso en la vida al aire libre, que en consecuencia es claro que el referido sindicato no podía admitir como socio al señor Jaramillo ni mucho menos elegirlo como miembro de la junta directiva, teniendo en cuenta que este trabajador no labora en una actividad perteneciente a la misma rama industrial, puesto que el hecho de que dentro del conjunto global de producción e ingredientes de Croydon S.A. se utilice el caucho y el plástico no lo hace perteneciente a la rama industrial del caucho y del plástico. (folios 25, 26 y 27)

Y concluye así la parte actora en el libelo, el concepto de violación:

> "De ésta suerte, es claro que el señor Jaramillo dista de cumplir el requisito que reclama el artículo 388 del Código Sustantivo de Trabajo, en cuanto al desempeño de la "actividad, profesión u otro oficio característicos del sindicato, "por elemental sustracción de materia, y obviamente, no puede disfrutar de la garantía foral consagrada en el artículo 24 del Decreto 2351 de 19765 (sic), circunstancia que por lo demás, ha obligado a mi representada a respetar un fuero sindical mucho más aparente que real, con el entrabamiento que ello supone en el desenvolvimiento normal de las actividades laborales en la Empresa, en la cual funciona, desde hace muchos años, el Sindicato de Trabajadores de la misma, como organización de base". (folio 27)

"SINTRACAUCHOPLASTICO" se constituyó en parte opositora y plantea se declare la existencia de inepta demanda por no reunir los requisitos procesales previstos en los artículos 85 y 137 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 97 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, puesto que la parte actora debió escoger otra vía procesal, pero nunca la acción de restablecimiento del derecho, ya que el acto administrativo que se impugna no tiene ninguna relación con los derechos subjetivos que ella pretende defender; dice por otra parte que el acto acusado, según el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo perdió fuerza ejecutoria, debido a que la junta directiva de la organización sindical fue elegida el 22 de septiembre de 1985 para un período de un año y que en abril 5 de 1987 se eligió una nueva junta, por lo cual el acto enjuiciado no tiene vigencia; que "SINTRACAUCHOPLASTICO" es una organización sindical de primer grado y de industria, que agrupa trabajadores de varias

empresas que tienen como objeto social la compra, importación, manufactura, venta y exportación de productos de caucho o plástico, actividad en la cual se encuentra comprendida la empresa Croydon S.A.

Al contestar la demanda (folios 116 a 119), la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) se opone a las pretensiones del libelo, por haberse acusado la resolución No. 105972 sin determinar la fecha de su expedición y que nada tiene que ver con el proceso, pues se relaciona con la autorización de una vacaciones colectivas de trabajadores de la empresa Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.; que de conformidad con certificación del DANE, la accionante está ubicada en la situación de compañía de fabricación de productos de caucho, clasificación que nadie dentro de la actuación administrativa intentó contradecir y que esta fue la prueba en la cual se basó el acto enjuiciado que merece plena credibilidad por provenir de una dependencia oficial.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, conceptuó que no se debe acceder a las súplicas de la demanda, porque la parte demandante no demostró dentro del proceso que en desarrollo de su objeto social no utiliza ni caucho, ni plástico, ni polietileno, ni sintético alguno; que por el contrario, en el dictamen rendido por los peritos designados se establece que todos los productos de Croydon S.A. llevan dentro de sus materias primas alguna participación de caucho y de plástico; que así las cosas el concepto fundamental de la violación queda en el vacío y por ende no ha sido infringido el literal b) del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo; que se determina claramente en el caso sub-lite que Carlos Alberto Jaramillo por trabajar en una empresa que utiliza como materia prima el caucho y el plástico, por tener la antigüedad exigida y por saber leer y escribir, sí puede ser directivo de "SINTRACAUCHOPLASTICO"; que como dicho ciudadano fue elegido legalmente como presidente del sindicato es lógico que se encuentre amparado por el fuero sindical y, por consiguiente, tampoco se ha desconocido el artículo 406 del mencionado código, modificado por el artículo 24 del Decreto No. 2351 de 1965; que si en gracia de discusión se aceptara que las resoluciones impugnadas violaron las disposiciones invocadas en el escrito demandatorio, estos actos administrativos perdieron su vigencia, pues el 5 de abril de 1987 fue inscrita una nueva junta directiva de aquella organización sindical, reconocida por una nueva resolución.

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

CONSIDERACIONES:

La Resolución No. 105872 de octubre 25 de 1985 dictada por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de trabajo de la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, decidió inscribir la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Caucho y Plástico "SINTRACAUCHOPLASTICO" elegida en asamblea general el 22 de septiembre del citado año.

Las resoluciones 105967 de diciembre 6 de 1985 y 0674 de octubre 3 de 1986 confirmaron en todas sus partes la Resolución No. 105872.

Analizado el escrito demandatorio que por una parte pide la declaratoria de nulidad de los actos relacionados y por otra "que como consecuencia de la anulación de los actos administrativos que se han citado, se restablezca el derecho de mi representada, a quien se ha obligado a considerar como miembro de la Junta Directiva del Sindicato Seccional de Trabajadores de la Industria del Caucho y Plástico "SINTRACAUCHOPLASTICO", a una persona que pese a tener la calidad de trabajador de la Empresa, validamente, no puede hacer parte de esa Directiva, pues la organización sindical anotada no puede cumplir sus labores como sindicato de industria, en las instalaciones de mi patrocinada", encuentra la Sala que el demandante sí presenta una pretensión concreta de restablecimiento de su derecho que hace que la acción incoada no sea la de simple nulidad del acto. Por otra parte, no es esencial para la demanda en forma que la acción que se enuncia sea la adecuada, pues conforme al artículo 86 del Código de Procedimiento Civil, es el Juez quien debe darle el trámite que legalmente corresponda. No prospera por tanto la excepción de inepta demanda propuesta por "SINTRACAUCHOPLASTICO" como parte opositora.

Tampoco procede su solicitud de no pronunciamiento por perdida de fuerza ejecutoria de los actos acusados, pues la pérdida de vigencia de los actos no impide que la Corporación pueda pronunciarse sobre su legalidad, puesto que si estos surtieron efectos legales mientras tuvieron vida jurídica hay lugar a que sean juzgados por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En cuanto al fondo del asunto la Sala precisa:

> Plantea la sociedad Croydon S.A. que la inscripción del señor Carlos Alberto Jaramillo como miembro de la Junta Directiva de "SINTRACAUCHOPLASTICO", seccional Bogotá, desconoce lo dispuesto en los artículos 356 y 386 del Código Sustantivo del Trabajo, porque los sindicatos de industria deben constituirse con los trabajadores que presten sus servicios en una misma rama industrial, que acorde con los estatutos de esa organización sindical para 1985 era la industria del caucho, plástico, polietileno y sintéticos (folio 83) y el señor Jaramillo labora en la sociedad Croydon S.A., que según su objeto social, es una empresa dedicada a la compra, importación, manufactura, venta y exportación de calzado, ropa y accesorios para el deporte y la vida al aire libre. Dice que si bien antes de 1980 la sociedad Uniroyal-Croydon S.A., se dedicaba a la manufactura de productos de caucho entre ellos calzado y llantas, hoy son dos empresas independientes: Productora Nacional de Llantas S.A. y Croydon S.A.

Por otra parte el Ministerio argumenta que tomó la decisión de acceder a la inscripción con base en certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística según el cual la actividad de la Sociedad Croydon S.A. es la fabricación de productos de caucho y en la Resolución 674 evidentemente dice el Ministerio que ésta es la única prueba que obra en el expediente puesto que la solicitud que se elevo a la División de Salud Ocupacional, Sección de Higiene y

Seguridad Industrial para que previa una inspección ocular se certificara sobre la clasificación industrial de la empresa, no fue respondida.

La certificación del DANE obra a folio 152 y textualmente reza:

> "... la empresa Croydon S.A. se ubica en la agrupación 355 de Clasificación Industrial Internacional Uniforme (C.I.I.U.) que corresponde a la "fabricación de productos de caucho" desglosado a nivel de grupo industrial (4 dígitos), así:
>
> 35594 Fabricación de Calzado de Caucho y sus partes, incluye el calzado de caucho y textiles".

Practicadas las pruebas decretadas se obtuvieron los siguientes elementos de juicio:

En el dictamen pericial que obra a folio 155 a 159 se afirma:

> "Como conclusión podemos decir que indudablemente los productos de CROYDON S.A. todos llevan dentro de sus materias primas alguna participación de caucho y plástico, sin embargo, esta participación de caucho y plástico en ningún momento llega a porcentajes altos que dijéramos que esos productos son de caucho y plástico a excepción de dos líneas de producto tradicionales que son las botas P.V.C. y la bota de caucho. En el resto de líneas predominan otros materiales que son cuero y lona. De ahí que el objeto social de la empresa es la manufacturera y venta de calzado, ropa y accesorios para el deporte y la vida al aire libre.
>
> Los peritos estamos de acuerdo con este Objeto Social, ya que vistamos todas las instalaciones de la empresa: la parte de producción, la parte de control de calidad; siendo esta las principales y las que nos hacen estar de acuerdo con el objeto social". (folio 159)

Anexan un cuadro según la cual la participación porcentual de P.V.C. y caucho en la materia prima utilizado, para 1985 era del 27.1 %.

A folio 327 del expediente aparece la certificación del Jefe de la Sección de Higiene y Seguridad Industrial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la cual se manifiesta:

> "Solicitada esta dependencia el concepto técnico sobre la actividad económica de la Empresa en mención, se realizó el análisis por parte de los funcionarios y se llegó a la conclusión de que: "la empresa CROYDON S.A. tiene como actividad económica esta (sic) vinculada a la "INDUSTRIA DEL CALZADO", con utilización de materias primas como caucho y plástico, los cuales ya están elaborados y no sufren proceso de transformación solamente corte y ensamble, para la confección del calzado". (Folio 237)

Y a folio 148 del expediente consta el acta de visita practicada en las instalaciones de la sociedad Croydon S.A. por funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual se dice:

> "Durante el recorrido por la planta se inspeccionó, además de las materias primas los procesos de producción, siendo su renglón principal la fabricación de calzado sport, casual y de calle con lo cual la empresa se clasifica en el sector industrial de Textiles, Prendas de Vestir e Industrias De cuero". (Folio 148)

De acuerdo con las anteriores pruebas puede la Sala establecer que la sociedad Croydon S.A. si bien utiliza como materias primas caucho y plástico, la proporción de estos materiales en sus confecciones es mínima, comparada con otros elementos, y además, ni fabrica ni transforma tales materiales sino que simplemente los corta y ensambla al elaborar sus confecciones.

Por estas razones no puede considerarse que su actividad hace parte de la rama industrial del caucho o del plástico, que es la que agrupa la organización sindical "SINTRACAUCHOPLASTICO".

De manera que si el señor Carlos Alberto Jaramillo fue inscrito como miembro de la Junta Directiva de "SINTRACAUCHOPLASTICO", por los actos administrativos enjuiciados sin estar ejerciendo en el momento de la elección la actividad característica del sindicato como lo exige el artículo 388 del Código Sustantivo del Trabajo, debe concluir la Sala que los actos que resultan violatorios de esta norma y que es procedente acceder a las pretensiones formuladas en la demanda.

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

FALLA:

1) **DECLARANSE** no probadas las excepciones propuestas por "SINTRACAUCHOPLASTICO".

2) **DECLARASE** la nulidad de las resoluciones Nos. 105872 de 25 de octubre de 1985 junto con su auto aclaratorio de noviembre 8 del mismo año y 105967 de 6 de diciembre de 1985, actos expedidos por la Inspectora Segunda de la Sección de Relaciones Colectivas de la División departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, y la resolución No. 0674 de octubre 3 de 1986, dictada por el Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo, en cuanto ordenaron la inscripción del señor Carlos Alberto Jaramillo como miembro de la Junta Directiva de "SINTRACAUCHOPLASTICO", seccional Bogotá.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Alvaro Díaz Granados, Conjuez;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR/SOCIO-Requisitos/**APORTES**

Como lo ha dicho la Sala en otras ocasiones no se trata de una admisión automática una vez el oficial pase a retiro, que implique para la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales la expedición forzosa del acto administrativo que reconozca el citado derecho. La condición de oficial en uso de buen retiro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, es requisito indispensable para ser admitido como socio efectivo del comentado establecimiento público. Sin embargo, no es el único en virtud de que las disposiciones conceden a dicho organismo la facultad de sopesar otras circunstancias que gravitan en torno a la admisión o inadmisión del socio efectivo. Entre las razones que sirven de fundamento a la Junta Directiva para admitir a un militar retirado como socio efectivo del club se halla, según las voces del artículo 4o literal a) del acuerdo No. 023 de 19 de diciembre de 1985. Aprobado por decreto No. 0559 de febrero 19 de 1986, que los oficiales de las Fuerzas Militares se reiteren con un mínimo de quince años como socios activos. Y en el caso sub-judice, como lo admite el propio demandante en su petición dirigida al Ministro de Defensa Nacional y acorde con el concepto de octubre 7 de 1987 suscrito por el Mayor General, por ese entonces comandante del ejército, el actor tenía once años y siete meses como tiempo de aporte al conmutado establecimiento público.

Niega las peticiones de la demanda.

Artículo 4o. literal a) del acuerdo 023 de 19 de diciembre de 1985 aprobado por decreto No. 0559 de febrero 19 de 1986.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 3678. Actor: *Jose Gonzalo Otálora Caro*. AUTORIDADES NACIONALES-FALLO

El Mayor en retiro del Ejército Nacional, JOSE GONZALO OTALORA CARO, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, demandó ante esta Corporación la nulidad del acto administrativo contenido en el acta No. 292 de 2 de marzo de 1988, de la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales, por el cual se negó al actor la admisión como socio efectivo al mencionado Club y que, como consecuencia, para efectos del restablecimiento del derecho, se declare que el Club Militar de Oficiales, está obligado a admitir como socio efectivo al demandante, con las obligaciones y derechos inherentes a tal calidad debiendo expedir la correspondiente credencial y cumplimiento de la sentencia, de conformidad a lo estatuido en el artículo 176 del C.C.A.

En los hechos de la demanda en que se fundamentan las anteriores pretensiones se relata que el actor es oficial del Ejército Nacional en uso de buen retiro con el grado de Mayor y que el 14 de enero de 1988 presentó por escrito solicitud de ingreso como socio efectivo del Club Militar de Oficiales en virtud del decreto 2336 de 8 de diciembre de 1971, apartándose del decreto reglamentario No. 0559 de 16 de febrero de 1986; que en la solicitud de ingreso pidió a la Junta Directiva del mencionado Club se le comunicara sobre lo resuelto a su oficina de abogado y que sin embargo la comunicación fue enviada equivocadamente a la ciudad de Valledupar, enterándose de lo decidido el 11 de mayo de 1988, sin tener la posibilidad de presentar recurso alguno, ya que la notificación se había efectuado el catorce de abril de este año por edicto y desfijado el 20 del mismo mes, acto que impugna por ser dictado de manera irregular al no observar las formalidades de ley en la notificación; que al negarse la petición no se tubo en cuenta la relación laboral ininterrumpida del actor con el Ministerio de Defensa Nacional de más de 30 años, la asignación de sueldo de retiro y el grado de oficial en retiro del Ejército Nacional, aspectos que contempla la ley orgánica en su artículo primero del Decreto ley No. 2336 de 1971, por lo que la Junta Directiva del Club incurrió en una arbitrariedad que origina la nulidad del acto administrativo por desviación de poder; que la referida Junta Directiva negó el ingreso al Club con fundamento en el artículo 4o. del literal a) del Decreto 0559 de 1986, norma que en el caso sub-lite no tiene aplicación por mandato del artículo 12 de la ley 153 de 1887; que los antecedentes del demandante en la carrera militar no lo excluyen del derecho a ser socio del club militar, pues fue socio activo de éste según carnet No. 2-4142 y al no ser retirado del servicio le expidieron credencial especial por los 3 meses de alta; que la decisión de la Junta Directiva priva al actor de un derecho consagrado en la Constitución Política, artículo 169, respecto al grado, honor y a pensión o su equivalente sueldo de retiro.

En la demanda se indicaron como violados los artículo 26 del decreto 0559 de 1986, 44 y 45 del C.C.A., primero del decreto ley 2336 de 1971; 26 y 169 de la Constitución Nacional y 12 de la ley 153 de 1887.

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora alude a la anulación del acto administrativo impugnado por vicios de forma, desviación de poder, por inconstitucionalidad e ilegalidad, como lo plantea a folios 29 a 33 del expediente.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de enero 29 de 1990, es de opinión de que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, por las razones que se transcriben a continuación:

> "Resultaba innecesario el no idóneo esfuerzo del demandante para justificar la no interposición oportuna del recurso de reposición contra el acto acusado, pues, de todos modos, para acudir a la jurisdicción ello no era forzoso y, la demanda, fue presentada dentro del término hábil: claro que la pretensión consignada en ella carece del más mínimo respaldo, pues, simplemente, como el mismo actor lo reconoce, su aspiración a ser admitido como socio efectivo del Club Militar no era viable ya que como lo advierten las directivas de tal institución, el aspirante no satisfacía el requisito de los quince años de permanencia como socio activo impuesto por el artículo 4o. literal a) del acuerdo 023 de 1986. Así las cosas, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar."

Habiéndose cumplido la actuación sin que se observen vicios que la invalidan, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se demanda en este proceso la nulidad del acto administrativo contenido en el acta N° 292 de 2 de marzo de 1988, de la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales, por el cual se negó al actor la admisión como socio efectivo del mencionado Club, y, en consecuencia, se ordena el restablecimiento del derecho violado.

Está probado en autos que el demandante ingresó al Ejército el 29 de Diciembre de 1955 y que en el estuvo, en calidad de *suboficial* hasta cuando, en virtud del Decreto 1059 de 31 de mayo de 1976, dictado por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, se le escalafonó como *oficial* de los servicios, en la especialidad de Justicia (abogado), confiriéndosele el grado de *Subteniente*. Su retiro del servicio activo se produjo el 1o. de Enero de 1988, previa continuidad de alta por tres meses, según resolución No. 6955 de 15 de octubre de 1987 del Ministerio de Defensa Nacional; tuvo entonces la calidad de socio activo del Club Militar de Oficiales durante casi doce (12) años mientras permaneció en filas. Así mismo, se haya acreditado que le fue reconocida asignación de retiro mediante resolución No. 372 de 4 de marzo de 1988. De modo que, en principio, podría pensarse que en tales circunstancias el actor tendría derecho a ser admitido como socio efectivo del referido Club.

No obstante lo anterior, como lo ha dicho la sala en otras ocasiones, no se trata de una admisión automática una vez el oficial pase a retiro, que implique para la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales la expedición forzosa del acto administrativo que reconozca el citado derecho. La condición de Oficial en uso de buen

retiro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional es requisito indispensable para ser admitido como socio efectivo del comentado establecimiento público.

Sin embargo, no es el único, en virtud de que las disposiciones conceden a dicho organismo la facultad de sopesar otras circunstancias que gravitan en torno a la admisión o inadmisión del socio efectivo.

Entre las razones que sirven de fundamento a la Junta Directiva para admitir a un militar retirado como socio efectivo del Club, se halla, según las voces del artículo 4o. literal a) del acuerdo No. 023 de 19 de diciembre de 1985, aprobado por Decreto No. 0559 de febrero 19 de 1986, que los oficiales de las Fuerzas Militares se retiren con un mínimo de quince años como socios activos. Y en el caso sub-judice, como lo admite el propio demandante en su petición de enero 14 de 1988 dirigida al señor Ministro de Defensa Nacional y acorde con el concepto de octubre 7 de 1987 suscrito por el mayor general Oscar Botero Restrepo, por ese entonces comandante del Ejército, el actor tenía once años y siete meses como tiempo de aporte al comentado establecimiento público.

Así las cosas, como lo anota la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

En lo atinente a los argumentos planteados en el libelo sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad del acto administrativo impugnado, la Sala no encuentra que con tal acto se haya violado el artículo 169 de la Constitución Política anterior, pues el hecho de que al demandante se le haya negado la admisión al Club Militar no implica haberlo privado de grados, honores ni pensiones que alguna disposición legal le haya otorgado, puesto que no se ha demostrado que un ordenamiento superior determine para los militares en retiro el derecho a pertenecer automáticamente al Club.

De otra parte, observa la corporación que el decreto 0559 de 19 de febrero de 1986, que aprueba el acuerdo No. 023 de 19 de diciembre de 1985, contentivo del estatuto de socios del Club Militar, fue expedido con base en lo dispuesto en el artículo 5o. del decreto ley 2336 de diciembre 8 de 1971, que en su literal b) le atribuye a la Junta Directiva la función de "Elaborar los estatutos del Club y adoptar las reformas que sean pertinentes, sometiéndolos a la aprobación del Gobierno", estatuto vigente para la época en que fue formulada la solicitud por el actor para ser admitido como socio efectivo y que el artículo 4o. de dicho acuerdo No. 023 de 1985 exige, entre otros requisitos, 15 años como socio activo para ser luego socio efectivo, requisito que no reunía el demandante, como él mismo lo reconoce, acuerdo aprobado, como ya se dijo, por el decreto No. 0559 de 1986, amparado por la presunción de legalidad de que goza todo acto administrativo, sin que se encuentre que esta disposición sea manifiestamente violatoria del decreto 2336 de 1971 ni del artículo 169 de la Carta, en la forma como lo expone la parte actora en el libelo.

Finalmente, en cuanto a las irregularidades a que alude el demandante en el libelo sobre la forma como se llevó a cabo la notificación del acto impugnado, ha sostenido la Sala en numerosas oportunidades que, la consecuencia de la falta de

notificación, no es la nulidad del acto, debido a que los efectos de tal omisión los ha previsto la ley de otra manera (artículo 48 del C.C.A.); en otros términos, tal requisito no afecta la validez del acto administrativo, que está constituido por una decisión de la administración, no por el mecanismo utilizado para su notificación.

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:

Niégansе las peticiones 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 3 de diciembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION-Modificación/**PRESTACIONES PERIODICAS/NULIDAD RELATIVA**-Efectos

Para la Sala es incontestable que el acto acusado transgredió el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, en cuanto la pensión que devengaría la demanda no sería del 75 del promedio de sus últimos salarios sino del 173; y el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, en razón de su aplicación retroactiva, pues si la pensión se liquidó con fundamento en los haberes devengados en los años 1978 y 1979, mal podía causarse aumento a partir del 1o. de enero de 1976. La caja demandante logró demostrar los vicios en la liquidación y reajuste de la pensión, por violación de los artículos 73 del Decreto 1848 de 1969 y 1o. de la ley 4a. de 1976. Luego, no le asiste razón a la demandada cuando alega que los argumentos de la demanda no son útiles para la prosperidad de la acción de nulidad. Observa la Sala que bajo el imperio de la ley 167 de 1941 y de conformidad con su artículo 72 los entes públicos no podían ejercer la acción de restablecimiento del derecho ó de plena jurisdicción, sino únicamente la acción de nulidad de los actos a que se referían sus artículos 62 a 66. La Ley, entonces, no autorizaba a aquellos para promover la acción establecida en el artículo 67, que implicaba solicitar restablecimiento del derecho. La cuestión no cambió con la expedición del actual C.C.A., y su reforma de 1989, que por primera vez califica la nulidad como absoluta (art. 136) y solo por excepción, sin denominarla, sino por sus efectos, establece una nulidad relativa en la acción de restablecimiento del derecho tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en las cuales no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, vale decir, con efectos a partir de la ejecutoria del fallo respectivo.

DECLARA NULA la Resolución 05998 del 23 de octubre de 1981 proferida por la Caja Nacional de Previsión Social. Artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y 1o. de la Ley 4a. de 1976.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Magistrado Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 1694 AUT. NACIONALES. ACTORA: *Caja Nal. De Prevision Social-Judith Anzola De Ramirez* . Reconstrucción

LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda ante el Consejo de Estado para que se declare que es nula la Resolución 05998 del 23 de octubre de 1981 por medio de la cual se sustituyó la pensión de incapacidad que venía disfrutando la docente JUDITH ANZOLA DE RAMIREZ por pensión de jubilación, con fundamento en la ley 114 de 1913.

En los hechos de la demanda afirma la Caja actora que la demandada le solicitó el cambio de su pensión por incapacidad, por la pensión de jubilación, por haber cumplido 50 años de edad el 11 de abril de 1971 y 20 años de servicio al ramo docente de la administración nacional el 20 de enero de 1958; que la Caja demandante por medio de la resolución acusada revocó la resolución 063 del 10 de abril de 1961 que había reconocido la primera pensión y ordenó el pago de una de jubilación, declarándola efectiva a partir del *27 de mayo de 1977*, por prescripción trienal; que para la liquidación de la pensión se tomó el salario devengado por la demanda en el período 1978-1979, lo cual arrojó una cifra de $7.615.31 y sin embargo el artículo 4o. de la resolución acusada aumentó la pensión mediante la aplicación ilegal de la ley 4a. de 1976, así: $13.068.86 para *1976*, $14.053.39 para 1977, $16.600.99 para 1978 y $17.572.62 para 1979.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 1o. de la ley 4a. de 1966 y 73 del Decreto 1848 de 1969. En el concepto de la violación se expuso que fue irregular darle carácter retroactivo a los reajustes pensionales, cuando el sueldo que sirvió de base para liquidar la pensión es posterior a la vigencia de dichos reajustes, llegando al contrasentido de que el educador jubilado reciba más por concepto de la pensión, que por concepto de sueldo; y que lo que pretende la Caja es la nulidad de la resolución para que hacia el futuro, las mesadas pensionales se ajusten a la Ley.

Reconstrucción procesal. El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el palacio de justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte demandante solicitó y obtuvo su reconstrucción.

Representación de la demanda. La pensionada, JUDITH ANZOLA DE RAMIREZ está representada por intermedio de curadora ad-litem, quién oportunamente presentó su alegato de conclusión (fls. 153 a 155), en el cual plantea que la petición de nulidad no puede prosperar porque la Caja demandante aspira a seguir pagándole a la demandada su pensión de jubilación, pues pretende que los reajustes se hagan en forma distinta y no negarle a la beneficiaria el derecho a la pensión, aceptando implícitamente como válido y legítimo el acto acusado; que podría remitirse a duda interpretando la demanda, que la Caja pretenda la nulidad del acto, como lo dice, sino la modificación de él en cuanto a los reajustes mirados hacia el futuro, pero dejando intacto el derecho de la demandada; que en materia de nuli-

dad de los actos administrativos no es de recibo plantear argumentos de conveniencia o equidad, pues el control de ellos es de legalidad frente a las normas de orden superior y, que si todo se llegare a reducir a que respetando el derecho de la demandada a su pensión de jubilación, ésta se reajuste en los términos de la ley 4a. de 1976, la curadora no tiene objeción alguna siempre y cuando que ello no implique reintegro alguno, por no haberse pedido y tenga efectos solo a partir de la ejecutoria del fallo, por el mismo motivo.

Vista Fiscal. El Ministerio Público conceptuó que la pretensión de la demanda, debía prosperar, por haber sido ilegalmente liquidada la pensión de jubilación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Está demostrado que la demandante le prestó servicios al Departamento de Cundinamarca, como maestra de primaria por espacio de 22 años, 2 meses y 11 días, hasta el 30 de marzo de 1960 (fl. 67).

2. El 21 de junio de 1960, el médico de la Gobernación de Cundinamarca A.J. Sanabria Díaz conceptuó respecto de la demandada:

"ESTADO GENERAL: La señora JUDITH ANZOLA DE RAMIREZ, presenta signos de un agotamiento general y de un desgaste intelectual. La memoria la ha perdido notoriamente y se siente muy agotada y sin ánimo para el trabajo.

Desde hace unos seis años le reaparecieron los ataques al parecer y según los datos que dá parecen ser de origen epiléptico y al principio no eran tan frecuentes, pero últimamente le dan con regularidad y la tienen muy nerviosa y la incapacitan para trabajar.

En mi concepto está incapacitada definitivamente para seguir trabajando por todas las afecciones que tiene".

3. Con fundamento en el concepto médico, en que la demandada había servido más de 20 años en la enseñanza primaria y en la ley 114 de 1913, la Nación le concedió pensión de jubilación, habiéndose advertido en la resolución respectiva (fls. 85-86) que la pensionada no podría desempeñar "cargos remunerativos por el Tesoro Público", por tratarse de una prestación concedida *por incapacidad.* Evidentemente, la pensión que se concedió no podía tener otro soporte, ya que le habría faltado a la demandada el requisito de la edad, pues para entonces solo contaba con 40 años. (fls. 112 in fine y 113).

4. No obstante, para la fecha que se expidió la resolución de reconocimiento de la pensión por incapacidad (10 de abril de 1961, fl. 85) la demandada ya se había vinculado al servicio del Distrito Especial de Bogotá, desde el 10 de agosto anterior, o sea de 1960, según lo manifiesta su apoderado en el memorial de folio 112, en el que le solicitó a la Caja demandante la sustitución de esa pensión por "su pensión derecho".

5. La Caja demandante, resolvió la petición de la demandada mediante el acto acusado en el que tomó como fundamento salarial lo devengado por aquella entre el 1o. de septiembre de 1978 y el 30 de agosto de 1979, cuyo 75% arrojó la cifra

de $7.615.31 efectiva a partir del 27 de mayo de 1977 y reajustándola con aplicación de los decretos 446 de 1973 y 1221 de 1975 y la ley 4a. de 1976 desde este año (fls. 141 a 146), a la suma de $17.572.62 a partir del 1o. de enero de 1979.

6. Visto lo anterior, para la Sala es incontestable que el acto acusado transgredió el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, en cuanto la pensión que devengaría la demandada no sería del 75% del promedio de sus últimos salarios sino del 173%; y el artículo 1o. de la ley 4a. de 1976, en razón de su aplicación retroactiva, pues si la pensión se liquidó con fundamento en los haberes devengados en los años 1978 y 1979, mal podía causarse aumento a partir del 1o. de enero de 1976, como se hizo (fl. 144).

Lo anterior es suficiente para que la pretensión de nulidad prospere.

7. Respecto del alegato de la parte demandada, observa la Sala que la pretensión de nulidad del acto acusado es inequívoca, por lo cual no puede sostenerse que la circunstancia consistente en que la Caja demandante aspire a seguir pagando una pensión a la demandada, signifique que no haya solicitado la declaración de nulidad. Tampoco es contrario a su petición de nulidad, el vicio del acto relacionado con la liquidación y reajuste de la pensión.

8. De otro lado, si en últimas el reconocimiento de una prestación periódica se traduce en su cuantía, si ésta no corresponde con los mandatos de la ley y por ello se impugna el acto que la reconozca, eso no significa que se esté aceptando como válido y legítimo.

9. Ya se vio que la Caja demandante logró demostrar los vicios en la liquidación y reajuste de la pensión, por violación de los artículos 73 del decreto 1848 de 1969 y 1o. de la ley 4a. de 1976. Luego, no le asiste razón a la demandada cuando alega que los argumentos de la demanda no son útiles para la prosperidad de la acción de nulidad.

10. Para la sala no hay duda acerca de la pretensión de nulidad formulada y de las causales de nulidad invocadas. De ahí, que no sea necesario interpretarla para llegar a concluir que lo que se quiere no es su nulidad sino su modificación.

11. Desde luego, tratándose de actos administrativos, ni la conveniencia ni la equidad son causales de su nulidad. En el presente caso, según se vio anteriormente, dos vicios denunciados en el demanda condujeron a la prosperidad de la nulidad solicitada: La violación de los artículos 73 del decreto 1848 de 1969 y 1o. de la ley 4a. de 1976. De donde resulta inocua —y por ello no se tuvo en cuenta— la afirmación de la demanda en el sentido de que la situación que se dejó relatada es inequitativa.

12. *Los efectos de la nulidad del acto acusado.*

Alega la parte demandada, que los efectos de la nulidad que en este proceso se decidiere solo son a partir de la ejecutoria del fallo, sin lugar a que la demandada deba reintegrar suma alguna y todo se limite a pagarle las mesadas futuras en la cuantía legal, porque no se ha pedido sino la nulidad.

Sobre este punto, en primer término, observa la Sala que bajo el imperio de la ley 167 de 1941, y de conformidad con su artículo 72 los entes públicos no podían ejercer la acción del restablecimiento del derecho o de plena jurisdicción, sino únicamente la acción de nulidad de los actos a que se referían sus artículos 62 a 66. La ley, entonces, no autorizaba a aquellos para promover la acción establecida en el artículo 67, que implicaba solicitar restablecimiento del derecho.

Ello significa que la nulidad de los actos administrativos, impetrada por el Estado como demandante, sea una nulidad absoluta y no relativa, cuyos efectos se causan no a partir de la ejecutoria del fallo que la declara, sino desde la misma expedición del acto. Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación fue reiterada en el sentido de que los efectos de la nulidad contencioso-administrativa eran ex-tunc (desde entonces) y no ex-nunc (desde ahora).

La cuestión no cambió con la expedición de la actual C.C.A., y su reforma de 1989, que por primera vez califica la nulidad como absoluta (art. 136) y sólo por excepción, sin denominarla, sino por sus efectos, establece una nulidad *relativa* en la acción de restablecimiento del derecho tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en las cuales no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, vale decir, con efectos a partir de la ejecutoria del fallo respectivo.

Entonces, como la nulidad absoluta tiene la virtud de dejar las cosas en el estado en que estaban antes de la expedición del acto nulo, y es evidente que la presente acción de nulidad se promovió bajo la vigencia de la ley 167 de 1941, no resulta cierta la aludida afirmación de la apoderada de la demandada.

Finalmente, frente a las graves irregularidades que exhibe el expediente de la demandada, de haber devengado una pensión de incapacidad sin que al parecer lo estuviera y haber desempeñado un puesto público no permitiéndoselo el acto administrativo que le reconoció la pensión de incapacidad, ni la ley, esta Sala ordenará la expedición de copias del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su resorte penal.

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

FALLA:

1o. Declarase que es nula la Resolución 05998 del 23 de octubre de 1981 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, en virtud de la cual le sustituyó una pensión de incapacidad a la demandada JUDITH ANZOLA DE RAMIREZ.

2o. Expídanse copias del expediente con destino a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia penal.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aprobado en la Sala del día doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE JUBILACION/PENSION GRACIA-Incompatibilidad/ **HERMENEUTICA JURIDICA.**

Tanto la constitución política de 1886 como la actual, prohíben recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, exceptuándose los casos que establezca la ley. Es indiscutible que la ley 114 no genera derecho pensional, cuando el docente es titular de pensión nacional, porque expresamente en su artículo 4o. numeral 3o., dispuso como condición para su causación que el docente "no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional". La circunstancia de que las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 hubieran extendido la pensión de la ley 114 de 1913 para algunos servidores docentes que tendrían derecho a pensión ordinaria de carácter nacional,no puede servir de fundamento para interpretarlas ampliando el marco de su imperio, pues de acuerdo con las reglas de hermenéutica, por ser exceptivas, deben interpretarse restrictivamente y en consecuencia aplicarse solo al sector de educadores al cual expresamente se refirieron, como son los docentes de las escuelas normales, los Inspectores de Instrucción pública y los maestros de primaria, cuando hayan completado los años de servicio en establecimiento de enseñanza secundaria.

PERSONAL DOCENTE/PENSION DE JUBILACION/PENSION GRACIA-Incompatibilidad/**HERMENEUTICA JURIDICA**

Tanto la constitución política de 1886 como la actual, prohíben recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público, exceptuándose los casos que establezca la ley. La circunstancia de que las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 hubieran extendido la pensión de la ley 114 de 1913 para algunos servidores docentes que tendrían derecho a pensión ordinaria de carácter nacional, no puede servir de fundamento para interpretarlas ampliando el marco de su imperio, pues de acuerdo con las reglas de hermenéutica, por ser exceptivas, deben interpretarse restrictivamente y en consecuencia aplicarse sólo al sector de educadores al

cual expresamente se refirieron, como son los docentes de las escuelas normales, los Inspectores de Instrucción Pública y los maestros de primaria, cuando hayan completado los años de servicio en establecimiento de enseñanza secundaria.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No.5076. Autoridades Departamentales. Actor: *Jorge Samuel Zambrano B.*

Conoce la Sala de la consulta de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de abril de 1990, en el proceso promovido por JORGE SAMUEL ZAMBRANO BASTIDAS, por medio de la cual se declararon nulas las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión que le negaron la pensión docente establecida en la ley 114 de 1913 y se hizo el correspondiente reconocimiento.

En los hechos de la demanda se relata que el actor prestó sus servicios como docente en la enseñanza primaria en el "Territorio Escolar del Putumayo —Vicariato Apostólico— de Sibundoy, "por espacio de 33 años, 2 meses y 18 días, que cumplió 20 años de servicio el 23 de octubre de 1967 y 50 años de edad el 27 de marzo de 1976, y finalmente relata, que solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento de la pensión gracia establecida en la ley 114 de 1913 y que tal entidad negó el reconocimiento por medio de las resoluciones 9371 del 9 de noviembre de 1988 y 1842 del 5 de mayo de 1989.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de la violación se invocaron los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Política, 27, 30 y 31 del Código Civil, 4o., de la ley 4a. de 1996, 1o. a 4o. de la ley 114 de 1913, 6o. de la ley 116 de 1928, 3o. de la ley 37 de 1933, 3o., 4o. y 13 de la ley 39 de 1903, el Decreto 435 de 1971, el 446 de 1973 y el 1221 de 1975, artículos 1o. y 2o. de la ley 153 de 1887.

El concepto de la violación fue expuesto a folios 4 a 23.

"La sentencia consultada". Consideró que no era impedimento para reconocer la pensión gracia de la ley 114 de 1913, la circunstancia de estar devengando el actor la pensión nacional "derecho" por los servicios docentes prestados a la Nación, tópico este que fue el que tuvo en cuenta la Caja demandada para haberla negado, porque interpretó que cuando con posterioridad a la mencionada ley se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, que extendieron el derecho a algunos docentes nacionales, los mencionados estatutos no consagraron incompatibilidad entre la pensión ordinaria nacional y la que extendían de la ley 114 de 1913; que no sería justo interpretar exegéticamente el artículo 4o. de esta última norma,

pues si fuera así, no habría razón alguna para que el legislador hubiera expedido las aludidas leyes de 1928 y 1933.

"La vista fiscal". El Ministerio Público opinó que la sentencia consultada debe revocarse, porque no existe norma que permita devengar simultáneamente dos pensiones de la Nación, y la pensión "gracia" solo es viable cuando la otra pensión la reconoce una entidad del orden departamental, municipal, intendencial comisarial, etc.

CONSIDERA LA SALA:

1. Advierte la Sala que el demandante reclama la pensión de jubilación consagrada en la ley 114 de 1913 y no de las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, vale decir, en su condición de maestro de enseñanza primaria, labor a la que se dedicó para la Nación durante más de 20 años, según el certificado de folio 6 del cuaderno de antecedentes.

2. De otro lado recuerda la Sala igualmente, que tanto la Constitución Política de 1886 como la actual, prohíben recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, exceptuándose los casos que establezca la ley.

En las condiciones anteriores, los casos de excepción contemplados en las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 no pueden ser interpretados con extensión, pues ello contradiría la prohibición que como regla general establece la Constitución, y menos aun, en eventos en que, como el presente, se trata de verificar si al actor le asiste derecho a la pensión que establece la ley 114 de 1913, y no determinar si tiene vocación a la regulada por las mencionadas leyes 116 y 37.

3. Para la Sala es indiscutible que la ley 114 no genera derecho pensional, cuando el docente es titular de pensión nacional, porque expresamente en su artículo 4o. numeral 3, dispuso como condición para su causación que el docente "no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional".

4. La circunstancia de que las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 hubieran extendido la pensión de la ley 114 de 1913 para algunos servidores docentes que tendrían derecho a pensión ordinaria de carácter nacional, no puede servir de fundamento para interpretarlas ampliando el marco de su imperio, pues de acuerdo con las reglas de hermenéutica, por se exceptivas, deben interpretarse restrictivamente y en consecuencia aplicarse solo al sector de educadores el cual expresamente se refirieron, como son los docentes de las Escuelas Normales, los inspectores de Instrucción Pública y los maestros de primaria, cuando hayan completado los años de servicio en establecimiento de enseñanza secundaria.

Entonces, no es cierto que de no aceptarse la interpretación del Tribunal, carezcan de objeto o razón las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933. Todo lo contrario, ellas beneficiaron a los mencionados sectores de educadores.

Sobre éste tópico tuvo ya oportunidad de pronunciarse ésta Corporación con ponencia del Dr. Reinaldo Arciniegas Baedecker, Expediente No. 5075. Actor: Luis Ignacio Cabrera León, en los siguientes términos:

"Si bien tales disposiciones (las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933) ampliaron el ámbito de aplicación de la pensión gracia a empleados y otros docentes, ello no significa que por este solo hecho se hubiera modificado o derogado lo normado en el numeral 3o. del artículo 4o. de la ley en referencia, pues la incompatibilidad no aparece derogada. Ni tampoco puede deducirse tal cosa del hecho de que aquellos docentes pudieran sumar el tiempo de servicios prestados en la enseñanza primaria y en la normalista o secundaria.

No puede desconocerse el carácter excepcional de la ley 114 de 1913 frente al mandato constitucional al que se ha hecho referencia. Tal carácter es óbice para que los términos de la ley puedan tomarse en sentido diferente del tenor literal. No procede, por lo mismo, aplicación de ella a casos que no aparecen expresamente provistos en su texto. Se impone, por lo tanto, la conclusión de que la incompatibilidad señalada en la ley 114 subsiste para los docentes a que se refieren las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933.

Un segundo argumento en apoyo de este criterio es la circunstancia de que el propio legislador precisó que la extensión del beneficio sería "...en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan".

Son estas razones suficientes para que la Sala no pueda compartir el criterio del accionante de que "si la ley 116 de 1928 se interpretara exegéticamente en armonía con el numeral 3o. del artículo 4o. de la ley 114 de 1913, la ley 116 de 1928 no tendría ningún sentido, sería un texto muerto, la norma sería iname".

5. En el memorial de folios 116 y 117 la parte demandante pide que al resolverse la consulta se tengan en cuenta la ley 91 de 1989 y un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre su aplicación.

La petición no es viable conforme a los mandatos del inciso cuarto del artículo 305 del C. de P. C. no solo porque la expedición de una ley no es un hecho, sino porque no fue alegado en los términos allí establecidos (folios 110 y 111).

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia consultada.

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 19 de abril de 1990, en la acción promovida por JORGE SAMUEL ZAMBRANO BASTIDAS contra la Caja Nacional de Previsión Social, y en su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 29 de octubre de 1992

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno, Salvó voto;

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/PENSION DE JUBILACION/PENSION GRACIA-Compatibilidad.

La pensión gracia, si bien fue incompatible con otra pensión proveniente del tesoro público, ello se justificaba cuando la educación departamental estaba a cargo del tesoro departamental. Sin embargo, una vez ella se extendió a los empleados y docentes e inspectores de las escuelas normales a cargo de la Nación, mediante la ley 116 de 1928, y se permitió a los maestros de escuela computar tiempo servido en establecimientos de secundaria, y posteriormente la educación departamental se nacionalizó en virtud de la ley 43 de 1975, la incompatibilidad consagrada en el artículo 4o. de la ley 114 de 1913, desapareció del plano jurídico, siendo hoy a mi juicio compatible, incluso antes de expedida la ley 91 de 1989, que aclara en definitiva la situación.

SALVAMENTO DE VOTO

Dr. Diego Younes Moreno

Ref.: Expediente No. 5076. Actor: *Jorge Samuel Zambrano B.*

Con todo respeto me permito apartarme de la opinión mayoritaria de la Sala, adoptada en la sentencia de la referencia, por estimar que la pensión gracia, si bien fue incompatible con otra pensión proveniente del tesoro público, ello se justificaba cuando la educación departamental estaba a cargo del tesoro departamental.

Sin embargo, una vez ella se extendió a los empleados y docentes e inspectores de las escuelas normales a cargo de la Nación, mediante la ley 116 de 1928, y se permitió a los maestros de escuela computar tiempo servido en establecimientos de secundaria, y posteriormente la educación departamental se nacionalizó en virtud de la ley 43 de 1975, la incompatibilidad consagrada en el artículo 4o. de la ley

114 de 1913, desapareció del plano jurídico, siendo hoy a mi juicio compatible, incluso antes de expedida la ley 91 de 1989, que aclara en definitiva la situación.

Atentamente

Diego Younes Moreno.

PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD-Improcedencia.

Como las dos peticiones se refieren a derechos presuntamente causados, diferentes en el tiempo, respecto de estos aquellas no tienen efectos recíprocos. La razón para que ello sea así radica en que el mundo jurídico se sustenta en el de la realidad y por ende solo puede operar respecto de situaciones presentes o pasadas pero no en relación con eventualidades futuras.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda. Santafé de Bogotá D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*

Ref.: Expediente No. 7307. APEL. INTERLOCUT. Actor: *Héctor Hernando Vásquez*

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por HECTOR HERNANDO VASQUEZ contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de julio de 1992, por medio del cual se inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

La providencia apelada. Tuvo en cuenta que el demandante presentó solicitud, por intermedio de su apoderada, el 15 de marzo de 1989, reclamando los mismos derechos de la petición del 28 de febrero de 1992 que originó el acto administrativo presunto negativo, cuya nulidad se impetra (fls. 5 a 7 y 2 a 4).

Además, consideró que la acción contra el acto presunto negativo, originado en la petición del 15 de marzo de 1989, debió promoverse dentro de los cuatro meses siguientes a partir de la vigencia del decreto 2304 de 1989, que vencieron el 7 de febrero de 1990.

En concordancia con lo anterior, afirma el Tribunal que la segunda petición, la del 28 de febrero, "tan solo se encamina a tratar de revivir unos términos que ya

precluyeron". 'Y que como la demanda fue presentada el 17 de junio de 1991 es innegable que la acción había caducado. *El recurso.* Plantea que con la reclamación del 15 de marzo de 1989, se interrumpió la prescripción; que los derechos que se reclaman se han causado desde el 1o. de enero de 1986", subsistiendo aún su defecto a pesar de las reclamaciones hechas por el autor"; "que el Concejo de Estado ha diferenciado entre prescripción y caducidad y al efecto transcribe parte de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil; que la decisión tomada por el Tribunal es el punto de la confusión entre la caducidad y la prescripción; que el Tribunal sin razón legal y, prejuzgando, negó de plano la nulidad pedida acudiendo a peticiones o reclamaciones contenidas en el capítulo de los hechos, "cuando estas tienen su valor en cuanto a la actualización del derecho invocado por el trabajador interrumpiendo así la pertinente prescripción sobre el mismo"; que no es explicable ni tiene antecedentes en derecho, que una simple reclamación, anule en forma definitiva la oportunidad para reclamar lo que; le es propio, que la causa de la demanda es el acto presunto negativo originado por la petición del 28 de febrero de 1992.

CONSIDERA LA SALA:

1. Verifica la Sala que las reclamaciones presentadas por el autor el 15 de marzo de 1989 (folio 5 al 7) y 28 de febrero de 1992, son iguales. En efecto, en ellas se reclaman los recaudos por trabajo nocturno, extra, dominical y festivo, compensatorio y el reajuste de la prima semestral y de vacaciones, dotación de vestido de labor, e "indexación" *desde el 1 de enero de 1986 y hacia el futuro.*

2. Ocurre, sin embargo, que la igual redacción formal; que acabó de resaltarse, no significa que las dos peticiones tengan un efecto común, porque la que se haga respecto de derechos *futuros*, no causados, no puede impedir que el interesado posteriormente lo reclame cuando considere que ya se han causado y en relación con los cuales no se halla ejercido acción judicial, como es el caso presente en que el segundo reclamo, el del 28 de febrero de 1982 tendría el efecto específico de provocar el pronunciamiento de la administración sobre presuntos derechos ya causados diferentes a los del primero, o sea los comprendidos entre el 16 de marzo de 1989-día siguiente al primer reclamo-y el 28 de febrero de 1982. En otras palabras, como las dos peticiones se refieren a derechos presuntamente *causados*, diferentes en el tiempo, respecto de estos aquellos no tienen efectos recíprocos. La razón para que ello sea así radica en que el mundo jurídico se sustenta en él la realidad y por ende solo puede operar respecto en situaciones presentes o pasadas pero no en relación con eventualidades futuras.

3. De lo anterior se sigue que la caducidad de la acción sobre los derechos pretendidos no puede analizarse en relación con la primera petición porque sería tanto como concluir que las dos peticiones tienen un solo efecto común y ya que se vio que ello no es así.

4. De otro lado, será en la sentencia cuando sea pertinente estudiar que derechos han podido prescribir, o inclusive si entre las consecuencias de la petición del 15 de marzo de 1989 estaría la caducidad de la acción que podría haberse originado y que no se ejerció; pero para el estudio de la caducidad de la acción que originó

la petición el 28 de febrero de 1992 no puede atenderse a los efectos del reclamo anterior lo cual determina que sin la menor duda respecto de la acción ejercida no se configuró.

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

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado que rechazó la demanda presentada por HECTOR HERNANDO VASQUEZ, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de julio de 1992 y, en su lugar se dispone:

1o. Admítese la demanda.

2o. Notifíquese, personalmente a la gente de Ministerio Público y al Gobernador del departamento del Tolima y por Estado.

3o. Fíjese en lista por el término de 5 días, para los efectos del numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.

4o. Solicítense los antecedentes administrativos.

Las anteriores determinaciones deberán ser ejecutadas por el Tribunal de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal.

Aprobado en la Sala del día 12 de noviembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DESVIACION DE PODER

La desviación de poder se produce cuando la decisión que se adopta implica un fin distinto al perseguido por la ley al conceder el poder discrecional, que en últimas, es el bien del servicio público. De tal forma que, si en el proceso, se llegare a probar que ciertamente hubo desviación del poder al proferirse el acto administrativo, este será declarado nulo al destruirse la doble presunción que lo cobija.

INSUBSISTENCIA

La idoneidad, la experiencia, los méritos y el cumplimiento de los deberes propios del cargo, acreditados por empleado de libre nombramiento y remoción no son suficientes para enervar la facultad discrecional del nominador y para garantizar la permanencia en el empleo, como se infiere de los planteamiento hechos por la parte actora en el escrito demandatorio. Por ende el gran servicio que hubiere podido prestar el demandante, no impedía desvincular a un funcionario de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

INSUBSISTENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO

Como lo ha expresado la Sala en otras oportunidades la facultad discrecional del nominador para retirar del servicio a un funcionario sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que halla incurrido un empleado, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo.

INSUBSISTENCIA-Procedencia/**HOJA DE VIDA**-Constancia.

A partir de la vigencia de la ley 61 de 1987 los cargos de jefe de División de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional son de libre nombramiento y remoción, para la fecha en que se produjo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor tales empleos pertenecían a la carrera administrativa, de conformidad con lo estatuido en los artículos 3o. del Decreto 2400 de 1968 y 18 del Decreto 1950 de 1973, por lo que su provisión debía hacerse mediante nombramiento en período de prueba o a través de nombramiento provisional, según el caso, y no por nombramiento ordinario como lo sostiene la parte demandante en éste asunto, si se tiene en cuenta que el actor desempeñaba en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil un empleo de esa jerarquía administrativa. Sobre la constancia en la hoja de vida dirá la Corporación que lo que ha querido el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 es buscar un efecto práctico: que aparezca la historia del funcionario como tal para antecedentes de futuros reingresos o reincorporaciones al servicio, para que así la administración pueda conocer en lo porvenir el hecho del retiro y sus causas, pero no en el acto mismo. De suerte, pues, que el cargo que al respecto hizo el libelista en los alegatos de conclusión carece de acedero legal, doctrinal y jurisprudencial, ya que la no anotación en la hoja de vida a que alude la comentada norma no menoscaba la facultad de libre remoción.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo-Seccion Segunda. Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 53(8705). RECONSTRUCCION. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: *Francisco Armando Caicedo Montua*

Habiéndose tenido como reconstruido el proceso iniciado mediante demanda y por conducto de apoderado judicial por el señor Francisco Armando Montua en ejercicio de la acción de plena jurisdicción hoy de "nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 C.C.A. decreto-ley 2304 de 1989) contra los decretos Nos. 3172 del 5 de noviembre de 1982 y 3456 de 6 de diciembre del mismo año (artículo 2) dictados por el Gobierno Nacional, mediante los cuales, respectivamente, se declaró insubsistente el nombramiento del actor como jefe de División código 2040, grado 14, de la División de Interventoría de la Dirección General de Instalaciones Aeronáutica del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y se designó en su reemplazo en dicho cargo con carácter provisional al señor Fernando Rey Valderrama, y habiéndose situado la instancia en el momento de dictación de sentencia, corresponde a la Sala decidir lo que fuere del caso, al no observar la existencia de vicio que incida en la actuación, luego de respuesta ésta (folios 251

y 252 cod. ppal.), y que fuera declarada nula a partir del auto de 14 de junio de 1983 por el cual se admitió el libelo (folios 246 a 250 ibídem).

Impétrase además en el escrito demandatorio que, como consecuencia de la nulidad solicitada, se restablezca al demandante en el empleo que desempeñaba en el momento de su desvinculación del servicio, o a otro de igual o superior categoría; que se condene a la Nación a pagarle los sueldos, primas, bonificaciones y demás asignaciones desde cuando cesó en sus funciones hasta el día de su reintegro; que al decretarse el pago de las sumas líquidas en dinero en favor del actor se ordene el reajuste de las mismas dentro de la corrección monetaria que le correspondan al momento de su pago, tomadas gradualmente en la forma como la corrección monetaria se prestó para cada mensualidad desde que se dejó de precibir el primer sueldo hasta el último antes del reintegro.

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones las parte actora manifiesta en el libelo que el demandante desempeño varios empleos en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil desde el 19 de noviembre de 1975 hasta que fue nombrado en el cargo de jefe de División, código 2040, grado 14, de la División de Interventoría de la Dirección General de Instalaciones Aeronáuticas, cargo en el cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento; que durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios a esa entidad lo hizo con la más alta eficiencia e idoneidad; que jamás tuvo investigación de ningún carácter ni sanciones disciplinarias, ni llamadas de atención por ningún motivo; que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante conlleva una destitución, sin que éste hubiere incurrido en ninguna de las causales propias para esta sanción disciplinaria; que su desvinculación del servicio dejó durante varios meses sin titular la dependencia que el actor ocupaba y sustituido ilegalmente con sucesivos nombramiento provisionales; que el retiro del demandante no se realizó con el propósito de mejorar el servicio ni para designar a una persona de mayor categoría profesional, ya que se reemplazo a un profesional idóneo por alguien que no pudo o no quiso posesionarse y en razón a que se sustituyó a un profesional especializado nombrado en propiedad, con carácter ordinario, por otro que solo fue designado provisionalmente; que la sorpresiva e injustificada destitución del actor, sin causa alguna, le ha ocasionado graves perjuicios de orden profesional, moral y económico, pues por su trayectoria profesional y militar implicaba el derecho a la conservación del cargo y a una ascendente promoción y remuneración (folios 3, 4 y 5 ibídem).

Se relacionan en el escrito demandatorio como violados los artículos 16, 17, 30 y 120 ordinal 5 de la Carta de 1886; ley 4 de 1968; Decretos 643 de 1967; Artículos 26 y 61 del decreto 2400 de 1968; artículo 1 y 6 del decreto 3074 del mismo año; artículos 18, 24, 26, 106, 107, 133 y 170 del decreto 1950 de 1973; artículos 1, 18, 19 y 21 del decreto 2332 de 7 de octubre de 1977; decreto 2333 de la misma fecha; decreto 223 de 6 de febrero de 1978; artículos 1, 6, 24, 25 y 74 del decreto 0710 de 20 de abril de 1978; decreto 2925 de 28 de noviembre de 1979 (folio 5, 6 y 7 de ibídem).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora expresa, entre otras cosas, que el acto impugnado (decreto 3172 de 1982) viola el derecho del demandante a la permanencia en el cargo, pues en el desempeño de sus funciones demostró una óptima idoneidad, reconocida en su hoja de vida; que dicho acto por su desviación de poder oculta el desmejoramiento del servicio, es decir, que se impidió que este funcionaria en forma regular y continua; que con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento se creó un vacío en el servicio, dado que su reemplazo fue nombrado provisionalmente, quien no cumplió las condiciones exigidas para el ejercicio del empleo, designación que a su vez se revocó, lo que demuestra incumplimiento en la continuidad en el servicio; que la declaratoria de insubsistencia desconoce el derecho constitucional de especial protección que el Estado debe dar al trabajo, como lo establece el artículo 17 de la Constitución Política anterior; que hay lugar a la nulidad impetrada, teniendo en cuenta que se retiró caprichosamente a un funcionario honesto, digno e idóneo, que vino a ser sustituido por una persona que por sus condiciones personales no se posesionó o no pudo posesionarse; que no es viable ejercer la facultad discrecional para ocultar un acto del príncipe, como sería el caso de la remoción por razones de carácter político; que si se examina la hoja de vida del demandante se puede encontrar que era un funcionario modelo, quien durante su vinculación al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil le aportó a la entidad sus conocimientos, su inteligencia y su sentido del honor; que no es posible proveer de manera provisional un cargo que debió serlo por nombramiento ordinario, sin violar el artículo 26 del decreto 1950 de 1973; que cada ciudadano y ser humano tiene derecho mientras cumpla con su deber, a la protección de su vida, de sus ambiciones y especialmente del derecho al trabajo; que si el gobierno por error, por capricho,por interés político o por animadversión utiliza el poder discrecional bajo la apariencia de la declaratoria de insubsistencia, para desvincular a un empleado nombrado en propiedad y designar provisionalmente a un tercero, incurre en una manifiesta ilegalidad, porque de dicho poder únicamente se puede hacer uso en favor de la función publica y del interés común; que en este asunto se incurrió en otra ilegalidad al revocar el gobierno nacional el nombramiento provisional del tercero por falta de posesión, como se hizo en el decreto 3456 de 1982, sin revocar la insubsistencia del empleado ordinario destituido (folio 7 a 11 ibídem).

La apoderada de la nación en escritos que obran a folios 189, 190, 320 y 321 del cuaderno principal se opone a las pretensiones del libelo, ya que el actor era empleado de libre nombramiento y remoción, pues no estaba amparado por una relativa estabilidad en el cargo que desempeñaba que le diera el derecho a permanecer en él; que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento carece de motivación y fue dictada por el jefe de esa entidad en ejercicio de sus atribuciones legales, según consta en la providencia impugnada.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado es de opinión de que las súplicas impetradas respecto de la primera resolución enjuiciada, es decir, en lo atinente a la declaratoria de insubsitencia del nombramiento del demandante, no están llamadas a prosperar; que en cuanto a la designación del reemplazo queda pendiente el despacho sobre la viabilidad y pertinencia del decreto de la prueba solicitando al Departamento Administrativo del Servicio Civil certificación sobre si el empleo

de Jefe de División de Interventoría de la Dirección General de Instalaciones Aeronáuticas es o no de carrera, para así poder determinar con claridad la manera como debe ser provisto este cargo (folio 323 a 327 ibídem).

SE CONSIDERA:

La perspectiva del caso *sub-judice*, va dirigida al análisis de un acto administrativo de tipo discrecional, por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera, como consta a folio 88 del cuaderno No. 2. Ostenta, por ende, la doble prerrogativa o garantía de la "presunción de legalidad" y de que fue emitido en aras del buen servicio. En otras palabras, se entiende en principio, que ha sido emitido atendiendo todas y cada una de las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia, que es perfecto y que es regular en su expedición, por una parte, y que, además, lo decidido responde a la finalidad del interés general, por la otra.

Como es sabido, los dos principios o presunciones, son "*juris Tantum*", vale decir, juicios anticipados o hipotéticos que admiten prueba en contrario, mediante la demostración de la existencia de que las características básicas están afectadas de vicio, demostración o prueba que cobra mayor relieve, importancia, severidad y trascendencia en la apreciación de las pruebas, cuando se está en presencia de la *discrecionalidad*, que le da al funcionario que lo ha expedido la apreciación libre acerca de la convivencia, dentro de ciertos límites.

El acto administrativo discrecional no escapa al derecho ni al control que ejerce sobre el la jurisdicción, ya que ha podido ser "arbitrario" o ha podido ser dictado con "desviación de poder".

La desviación de poder alegada por la parte actora en el libelo, se produce cuando la decisión que se adopta implica un fin distinto al perseguido por la ley al conceder el poder discrecional, que en últimas, es el bien del servicio público. De tal forma que, si en el proceso, se llegare a probar que ciertamente hubo desviación de poder al proferirse el acto administrativo, este será declarado nulo al destruirse la doble presunción que lo cobija.

La demostración de la desviación de poder es, indiscutiblemente de tipo probatorio, como se infiere de lo que ya se ha dicho respecto de esta causal de anulación de los actos administrativos, pues habiéndose expedido el acto dentro de las atribuciones del gobierno nacional, observando las formalidades prescritas por la ley, ajustándose a las normas superiores que regulan la materia, únicamente aparecerá el defecto si *de manera fehaciente*, se obtiene destruir la doble presunción de legalidad y de emisión en aras del buen servicio que cobija el acto por su propia naturaleza y por su calidad discrecional.

Ahora bien, la idoneidad, la experiencia, los méritos y el cumplimiento de los deberes propios del cargo, acreditados por empleado de libre nombramiento y remoción no son suficientes para enervar la facultad discrecional del nominador y para garantizar la permanencia en el empleo, como se infiere de los planteamien-

tos hechos por la parte actora en el escrito demandatorio. Por ende, el gran servicio que hubiera podido prestar el demandante, no impedía desvincular a un funcionario de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

En cuanto que la declaratoria de insubsistencia implicara una destitución, la cual requiere para su aplicación de previa investigación disciplinaria, no es viable en este asunto determinar que a través del acto acusado se hubiera impuesto al actor una sanción disciplinaria, ya que no obra en el proceso elemento alguno que señale que contra el demandante se adelantará alguna investigación por la imputación de faltas cuando se dictó el decreto impugnado.

De otra parte, como lo ha expuesto la sala en otras ocasiones la facultad discrecional del nominador para retirar del servicio a un funcionario sin fuero de estabilidad es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar las posibles faltas en que haya incurrido el empleado, las cuales no generan el privilegio de la inamovilidad en el cargo.

En lo atinente a la existencia de móviles políticos que influyeran en la desvinculación del servicio del actor, dichos móviles no están demostrados dentro del proceso.

En efecto, Ricardo Adolfo Rodríguez Gama en su declaración dice que desconoce los motivos del retiro, no obstante que la secretaría de la Jefatura del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil manifestara que el director de esta entidad estaba interesado en conocer la filiación política de los jefes de las distintas dependencias del organismo (folio 71 cdno. ppal.), declaración de la cual no se puede llegar a concluir que la desvinculación del demandante se debió a razones políticas; Antonio José Marulanda Rojas señala que el retiro del servicio se hizo de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el jefe de aquel departamento administrativo de nombrar y remover libremente sus inmediatos colaboradores y que desconoce las averiguaciones sobre filiación política a que alude el anterior testigo. (folio 75 y 77 ibídem); Jaime Rivera Garcés se expresa sobre éste tópico de igual forma a lo planteado por Antonio José Marulanda Rojas en su declaración (folio 80 ibídem); Jaime César Martínez Rodríguez expone que no sabe los motivos por los cuales el demandante fue desvinculado de la administración a pesar que añade luego que "se supone que cuando llega o se nombra un nuevo jefe de Departamento, son por razones de vinculación políticas con el partido que está en el mandato y los cambios que se producen son por éste mismo criterio (folio 83 ibídem); Nohra Matilde Ariza Rodríguez afirma que el doctor Caicedo Montua, es decir, el propio actor le comentó que se le había preguntado por su filiación política (folio 86 y 87 ibídem).

Así las cosas, se colige que las declaraciones allegadas al proceso reconstruido carecen de la eficacia jurídica para llevar al fallador al convencimiento o la certeza incontrovertible de que fueron móviles políticos los que pudieron influir en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento.

De otro lado, en lo que concierne a la afirmación hecha en el libelo en relación con que el reemplazo del demandante no cumplió las condiciones exigidas para el ejercicio del empleo, no influye en la legalidad de la declaratoria de insubsistencia, que es decisión independiente y autónoma del nombramiento posterior, como lo ha planteado la corporación; dadas estas consideraciones no había razón para revocar el acto administrativo contentivo de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor como consecuencia de haberse revocado el nombramiento provisional de la persona que fue designada en su reemplazo mediante el decreto enjuiciado No. 3172 de 5 de noviembre de 1989, como lo sostiene la parte demandante.

Además, como lo dice la agencia del Ministerio Público sobre aquel aspecto "el actor no cita norma alguna que establezca requisitos que su sucesor no haya reunido o acreditado". De suerte que por estas razones tampoco prospera el cargo. (Folio 326 ibídem).

Es preciso señalar que no obstante a partir de la vigencia de la ley 61 de 1987 los cargos de Jefe de División de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden Nacional son de libre nombramiento y remoción, para la fecha en que se produjo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor tales empleos pertenecían a la carrera administrativa, de conformidad con lo estatuido en los artículos 3 del decreto 2400 de 1968 y 18 del decreto 1950 de 1973, por lo que su provisión debía hacerse mediante nombramiento en período de prueba o a través de nombramiento provisional, según el caso (artículo 5 decreto 2400 de 1968), y no por nombramiento ordinario como lo sostiene la parte demandante en este asunto, si se tiene en cuenta que el actor desempeñaba en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil un empleo de ésta jerarquía administrativa.

En cuanto a que hubo en el caso *sub-judice* incumplimiento en la continuidad en el servicio, puesto que el cargo que ocupaba el actor en virtud de su desvinculación quedo vacante durante varios meses, y por ende, sin titular la respectiva dependencia administrativa, no existe disposición legal que obligue a la administración a proveer de manera inmediata un empleo que se encuentre en dicha circunstancia, pues son las necesidades de servicio y aspectos de conveniencia administrativa que sólo corresponde valoren su oportunidad a la autoridad nominadora, los factores determinantes para establecer en un momento dado cuando debe ser provisto un cargo público.

Finalmente, ha expresado la Sala que, los alegatos de conclusión y el recurso de apelación, no son instrumentos idóneos para modificar los planteamientos formulados en el escrito demandatorio. Y esto es precisamente lo que sucede en el caso sub-lite, cuando la parte demandante se refiere en sus alegatos de conclusión (folios 305 y 310 ibídem) a la ausencia de constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas de la declaratoria de insubsistencia y a la falta de preparación o de trámite del acto contentivo de ésta por la división del personal del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; sin embargo, sobre el particular dirá la corporación que lo que ha querido el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 es buscar un efecto práctico: que aparezca la historia del funcionario como tal para antece-

PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA/PROCESO PENAL- Independencia/**ESTABILIDAD**-Improcedencia.

El haberse expedido orden de captura contra el actor en el proceso penal que se le adelantaba como sindicado de los delitos de abuso de confianza y estafa por el Juzgado Promiscuo Municipal, hechos punibles de los cuales se ordenara luego de su desvinculación del servicio cesar todo procedimiento, no enervaba la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que la investigación penal seguida contra el demandante era independiente de su relación administrativa laboral con la Contraloría del Departamento, así se infiera de las declaraciones dadas ante el tribunal del conocimiento que el retiro del servicio se produjo en virtud de que existía dicha investigación. No hay disposición legal que obligue a mantener incorporado a la administración a empleado de libre nombramiento y remoción o que conceda garantía de estabilidad para el funcionario a quien se le sindique de la comisión de un delito. De otro lado, siendo igualmente independiente la investigación penal de la investigación disciplinaria, toda vez que cada una tiene sus objetivos propios y peculiares que la definen, como lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, no había razón para que en el caso *sub-judice* tuviera que adelantarse de manera previa a la desvinculación del servicio del demandante investigación disciplinaria respecto de los hechos que dieron lugar al proceso penal por los delitos de estafa y abuso de confianza de que se acusaba al actor.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Ref: Expediente No. 5071. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: *Francisco Humberto Arismendy Arismendy.*

El Departamento de Antioquia interpuso por medio de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 19 de enero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Admitido el recurso de apelación por auto de 11 de julio de 1990 (folios 83), no observándose causal alguna de nulidad procesal y efectuado el trámite correspondiente, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La parte actora, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la declaración de nulidad del artículo 13 de la resolución No. 009216 de 28 de abril de 1987, expedida por el Contralor General del Departamento de Antioquia, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del demandante como Visitador Fiscal, Categoría V, Grado 7, Nivel Profesional y Técnico, adscrito a la División de Visitaduría e Investigación (folios 16 y 17).

Como restablecimiento del derecho, se solicita en el libelo se reintegre al actor al cargo que venía desempeñando, o a otro de igual o similar categoría, el pago de los emolumentos dejados de percibir y que para todos los efectos legales se considere que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios (folio 17).

El Tribunal, en el fallo apelado, accedió a las súplicas de la demanda, pues consideró que de acuerdo con el acervo probatorio allegado al proceso se puede concluir que el retiro del servicio del demandante ordenado por el Contralor General del Departamento de Antioquia se basó en el informe sobre la investigación de los delitos de abuso de confianza y estafa que se adelantaba contra el actor suministrado por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, teniendo en cuenta la proximidad en el tiempo entre el oficio de abril 23 de 1987 suscrito por la titular de este despacho judicial y la resolución del día 28 del mismo mes y año contentiva de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, así como por lo expuesto por los testigos; que como lo dispuso el citado juzgado luego cesó el procedimiento por dichos delitos el 22 de agosto de 1987; que el acto administrativo impugnado se encuentra viciado por haberse configurado en este asunto la desviación de poder, ya que no fue dictado consultando las necesidades del servicio sino como consecuencia del oficio a que se ha hecho mención (folios 62 a 70).

En el escrito contentivo del recurso de apelación, el apoderado del Departamento de Antioquia solicita se revoque la sentencia apelada y se denieguen las súplicas de la demanda, puesto que el contralor del departamento nunca tuvo conocimiento de los oficios que envió a su despacho la Juez Promiscuo Municipal de San José de la Montaña; que con antelación a dichos oficios el contralor ya

había adoptado la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del actor; que la proximidad entre las fechas a que alude el a-quo es una mera coincidencia; que al producirse la insubsistencia no se buscaba imponer ninguna sanción disciplinaria, ya que para su aplicación se necesita de un proceso disciplinario y que contra el demandante no se realizaba investigación administrativa alguna; que si se aceptara que el contralor tuvo conocimiento del oficio suscrito por la juez es seguro que hubiera procedido de conformidad con lo que disponen para estos casos las normas legales pertinentes; que la existencia de una orden de captura contra un funcionario no da origen a que se adelante procedimiento disciplinario, pues lo indicado es la suspensión en el ejercicio del cargo, al tenor de lo estatuido en el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal; que el propósito del contralor en este asunto no era imponer la sanción de destitución, puesto que hizo uso de la facultad de libre nombramiento y remoción que tenía como autoridad nominadora en aras del buen servicio; que en el caso sub-judice no se debe dar credibilidad a la certificación jurada que obra en el proceso por ser parcializada, toda vez que el actor es recomendado político de quien la suscribe (folios 73 a 77).

La doctora Fiscal Noveno del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de 6 de noviembre de 1990, es de opinión se confirme el fallo recurrido, pues queda claro en el proceso que la causa de la desvinculación del servicio del demandante se debió a la investigación penal a que estaba siendo sometido, por lo que la actuación de la autoridad nominadora en este asunto no fue ponderada; que existen en estos eventos procedimientos legales que deben aceptarse para dar al empleado la oportunidad de defenderse y para demostrar la falta de responsabilidad en los hechos investigados (folios 87 a 89).

Ahora bien, el señor Francisco Humberto Arismendy Arismendy, era funcionario de libre nombramiento y remoción, no se encontraba inscrito en carrera administrativa, no gozaba de período fijo, ni tenía ningún fuero de estabilidad. Consecuentemente, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar el acto administrativo de su retiro del servicio. Como lo ha manifestado la Corporación en otras ocasiones, cuando se adopta una decisión de esta naturaleza, se presume que se realiza en procura del buen servicio.

Como es de conocimiento, la desviación de poder, alegada por la parte demandante en el libelo, se configura cuando la respectiva autoridad hace uso de una atribución legal, con propósitos distintos de aquellos previstos en la disposición que la confiere. La desviación de poder debe surgir claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca. Debe llevarse al juzgador la certeza incontrovertible de que las razones que tuvo la administración para dictar el acto acusado no son aquellas que la ley le permite expresamente.

No comparte la Sala, el concepto de la agencia del Ministerio Público en el caso *sub-lite*, en cuanto a que el fallo proferido por el *a-quo* de 19 de enero de 1990, amerita ser confirmado, pues es preciso señalar que por el hecho de haberse adelantado un proceso penal contra el demandante, tal circunstancia implique que la administración no pueda hacer uso de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

En efecto, para la Corporación el haberse expedido orden de captura contra el actor en el proceso penal que se le adelantaba como sindicado de los delitos de abuso de confianza y estafa por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña (folio 11), hechos punibles de los cuales se ordenara luego de su desvinculación del servicio cesar todo procedimiento (folios 25 y 26), no enervaba la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que la investigación penal seguida contra el demandante era independiente de su relación administrativa laboral con la Contraloría del Departamento de Antioquia, así se infiera de las declaraciones dadas ante el Tribunal del conocimiento por Jhon Oscar Vallejo Rios (folio 37) y William Jaramillo Gómez que el retiro del servicio se produjo en virtud de que existía dicha investigación (folio 46).

No hay disposición legal que obligue a mantener incorporado a la administración a empleado de libre nombramiento y remoción o que conceda garantía de estabilidad para el funcionario a quien se le sindique de la comisión de un delito.

De otra parte, no resulta acertado afirmar, como se establece de los planteamientos hechos por la agencia del Ministerio Público, que en este asunto se conculcó el derecho de defensa del demandante por la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, ya que el proceso penal sigue su curso en forma independiente de la situación laboral del actor frente a su cargo.

De otro lado, siendo igualmente independiente la investigación penal de la investigación disciplinaria, toda vez que cada una tiene sus objetivos propios y peculiares que la definen, como lo ha sostenido la Sala en otras oportunidades, no había razón para que en el caso sub-judice tuviera que adelantarse de manera previa a la desvinculación del servicio del demandante investigación disciplinaria respecto de los hechos que dieron lugar al proceso penal por los delitos de estafa y abuso de confianza de que se acusaba al actor.

Finalmente, se observa que en la demanda sólo se invocaron como normas infringidas disposiciones de carácter constitucional vigentes para la época en que fue dictado el acto administrativo impugnado y es preciso recordar que, la violación de preceptos constitucionales como los artículos 16, 17, 20, 26 y 62 de la Carta de 1886, es viable a través de las normas legales que los desarrollan y la parte actora no citó disposición alguna cuyo desconocimiento pueda examinarse.

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

FALLA:

1) Revócase la sentencia de 19 de enero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso instaurado por Francisco Humberto Arismendy Arismendy.

2) Deniéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y Devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luan, Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Salva voto*; Diego Younes Moreno,*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/INSUBSISTENCIA/DEBIDO PROCESO

La existencia de una investigación disciplinaria contra un funcionario no enerva la potestad o facultad discrecional de la administración pública para declararlo insubsistente en aras del buen servicio; este aserto, si bien discutible, podría aceptarse en la medida en que realmente el ente oficial tenga razones valederas, serias y atendibles, para considerar que otra persona puede cumplir mejor esa finalidad que aquél a quien decide remover. Mas ese postulado no puede ir más lejos, hasta dejar sentado que aún en el supuesto de que exista conexidad clara y manifiesta entre los hechos que se investigan y la desvinculación del empleado público, por tratarse de materias separadas no tendría este derecho al "debido proceso", y por ende, a que previamente a su retiro se le comprobara la responsabilidad en la falta que se le imputa y de contera, la justificación respecto de su separación del servicio. El suscrito Consejero no puede compartir esa interpretación tan radical, y menos en la hora de ahora, cuando el artículo 29 de la Carta fundamental consagra expresamente, como derecho fundamental, el del debido proceso tanto en lo judicial como en lo administrativo. De suyo, la facultad discrecional no puede convertirse en "patente de corso" para que la Administración atropelle los legítimos derechos de los funcionarios, y para que, so pretexto de ignotas razones del "buen servicio", lo remueva arbitrariamente y atente contra su dignidad y su buen nombre, dejando en la sombra de lo incierto y misterioso los verdaderos motivos de su acto de insubsistencia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EN EL PROCESO NO. 5071.

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. DEMANDANTE: FRANCISCO HUMBERTO ARISMENDY ARISMENDY.

Santafé de Bogotá, D.C., enero quince (15) de mil novecientos noventa y tres (1993).

Con el respeto de siempre por la decisión mayoritaria de la Sala, debo consignar sintéticamente las razones que me llevaron a disentir de la resolución adoptada en este proceso, así:

La Sección ha venido sosteniendo que la existencia de una investigación disciplinaria contra un funcionario no enerva la potestad o facultad discrecional de la administración pública para declararlo insubsistente en aras del buen servicio; este aserto, si bien discutible, podría aceptarse en la medida en que realmente el ente oficial tenga razones valederas, serias y atendibles, para considerar que otra persona pueda cumplir mejor esa finalidad que aquél a quien decide remover.

Más ese postulado no puede ir más lejos, hasta dejar sentado que aún en el supuesto de que exista conexidad clara y manifiesta entre los hechos que se investigan y la desvinculación del empleado público, por tratarse de materias separadas no tendría éste derecho al "debido proceso", y por ende, a que previamente a su retiro se le comprobara la responsabilidad en la falta que se le imputa y de contera, la justificación respecto de su separación del servicio.

El suscrito Consejero no puede compartir esa interpretación tan radical, y menos en la hora de ahora, cuando el artículo 29 de la Carta Fundamental consagra expresamente, como derecho fundamental, el del debido proceso tanto en lo judicial como en lo administrativo.

De suyo, la facultad discrecional no puede convertirse en "patentes de corso" para que la Administración atropelle los legítimos derechos de los funcionarios, y para que, so pretexto de ignotas razones del "buen servicio", lo remueva arbitrariamente y atente contra su dignidad y su buen nombre, dejando en la sombra de lo incierto y misterioso los verdaderos motivos de su acto de insubsistencia.

En el caso de autos, el material probatorio muestra claramente que al demandante se lo separó del servicio porque existía en su contra una investigación de carácter penal; no es que existan otras razones o justificación para el hecho, sino que de manera ostensible se aprecia la conexidad entre una y otra situación. Por consiguiente, en este supuesto, para el suscrito Consejero no cabe duda de que la Administración Pública estaba condicionada a las resultas del proceso penal para adoptar cualquier medida contra el actor, relacionada con su permanencia o no en el empleo.

Si el demandante resultaba condenado, es incuestionable que procedía su desvinculación; pero si no ocurría así, es evidente que su retiro aparejaría una tremenda injusticia, a la par que una violación protuberante de esos derechos fundamentales ya mencionados, junto con la de su derecho al trabajo.

Ahora bien; como en el *sub-lite* es de una claridad meridiana que la imputación penal fue la que provocó la decisión de la administración en el sentido de declarar insubsistente su nombramiento, para el suscrito Consejero es diáfano que existe una conexidad absoluta entre los dos hechos y por consiguiente, que ha debido anularse el acto enjuiciado y en su lugar, acceder a los pedimentos de la demanda.

Por esos razonamientos, entonces, es por lo que disiento abiertamente de la sentencia aprobada por la mayoría, cuya opinión, como ya se dejó sentado, respeto pero no comparto.

Atentamente,

Carlos Arturo Orjuela Góngora

EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica/ **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO/ SUSTITUCION PENSIONAL/JURISDICCION ORDINARIA/TRABAJADOR OFICIAL/COMPETENCIA FUNCIONAL**

Según los estatutos de la Empresa de Teléfonos, cuya base es el Acuerdo No. 021 de 1987, ella es, para efectos laborales, una "empresa industrial y comercial de la Administración Descentralizada del Distrito", y así lo corrobora la Resolución No. 267 de 16 de junio de 1988, modificatoria de la Resolución No. 03 de 1977. En la Resolución No. 267 se dice que ella se fundamenta, además, en el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3125 de 1968, que faculta dar esa categoría de "empresas" para clasificar, por sus estatutos, qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad —de empleados públicos—, y la tienen quienes desempeñen los cargos de gerente, subgerente y demás de igual categoría, auditor general y todas las demás personas que desempeñen los cargos adscritos a la auditoría, y el jefe de personal. La Resolución No. 270 excluye "a las demás personas que desempeñen actividades adscritas a la auditoría", pero incluye como empleados públicos al subauditor, al abogado de la auditoría y al jefe de la oficina de auditoría. Así, se infiere que al no estar comprendido en los listados anteriores el cargo que desempeñaba el señor (q.e.p.d.), su vinculación estuvo regida por un contrato de trabajo, como regla general que es de vinculación con dicha entidad.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 6385. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: *Ana Beatriz Lozano*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 30 de agosto de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se inadmitió la demanda incoada, por falta de jurisdicción.

Antes de decidir sobre la admisión de la demanda, el Tribunal pidió a la Entidad demandada, certificara sobre la clase de vínculo que existió entre ésta y el señor Félix María Rodríguez Torres, cuyo deceso daría lugar a la sustitución pensional reclamada, y como la Empresa de Teléfonos de Bogotá certificó que el citado señor estuvo vinculado mediante contrato de trabajo, concluyó que se trata de una controversia laboral proveniente de un contrato de trabajo que no es de conocimiento de esta jurisdicción, según el numeral 6o. de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo.

La recurrente afirma que la controversia se orienta al reclamo de una sustitución pensional cuya procedencia surge cuando el contrato de trabajo ya se ha extinguido.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En autos está plenamente demostrado que Félix María Rodríguez Torres estuvo vinculado laboralmente a la Empresa de Teléfonos de Bogotá mediante un contrato de trabajo como reza la certificación que obra a folio 50 y, por eso, la Sala encuentra acertada, en principio, la decisión del Tribunal al derivarse el presente asunto en esa relación, de un contrato laboral que hace necesariamente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carezca de competencia para conocer del mismo.

Ahora bien: según los estatutos de la Empresa de Teléfonos, cuya base es el acuerdo No. 21 de 1987, ella es, *para efectos laborales*, una "empresa industrial y comercial de la Administración Descentralizada del Distrito", y así lo corrobora la resolución No. 267 de 16 de junio de 1988, modificatoria de la Resolución No. 03 de 1977. En la Resolución No. 267 se dice que ella se fundamenta, además, en el inciso 2o. del art. 5o. del decreto 3125 de 1968, que faculta dar esa categoría de "empresas" para clasificar, por sus estatutos, qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad —de empleados públicos—, y la tienen quienes desempeñen los cargos de gerente, subgerente y demás de igual categoría, auditor general y todas las demás personas que desempeñen los cargos adscritos a la auditoría, y el jefe de personal.

Por otra parte, la Resolución No. 270 de 28 de julio de 1988 reafirma lo anterior, pero excluye "a las demás personas que desempeñen actividades adscritas a la auditoría", pero incluye como empleados públicos al subauditor, al abogado de la auditoría y al jefe de la oficina de auditoría.

Así, se infiere que al no estar comprendido en los listados anteriores el cargo que desempeñaba el señor Rodríguez Torres (q.e.p.d.), su vinculación estuvo re-

gida por un contrato de trabajo, como regla general que es de vinculación con dicha entidad.

Con base en los razonamientos anteriores se confirmará el auto objeto de la alzada.

Por lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. Confírmase el auto apelado de 30 de agosto de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección "A".

2o. En firme este proveído devuélvase el asunto a dicho tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Joaquín Barreto Ruiz, Salva Voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* Salva Voto; *Diego Younes Moreno, Alvaro Diaz Granados,* Conjuez, Salva Voto, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez que derimió el empate.

Enieda Wadnippar Ramos, Secretaria.

EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA-Naturaleza Jurídica/**SERVIDOR PUBLICO**-Clasificación/**CONGRESO/COMPETENCIA**/(Salvamento de Voto).

El Concejo de Bogotá, al disponer mediante el Acuerdo 21 de 1987 que en todo el sector descentralizado del Distrito Especial de Bogotá, sus servidores conservan el carácter de trabajadores oficiales y que "para efectos laborales" la Empresa de Teléfonos de Bogotá es una empresa comercial o industrial de la administración descentralizada del Distrito, no se limitó a determinar la estructura de la administración distrital, sino que se arrogó la función de clasificar los servidores públicos distritales. Podía el Concejo Distrital haber modificado la naturaleza de la entidad convirtiéndola en empresa comercial o industrial, en cuyo caso para todos los efectos legales, entre ellos los laborales, hubiera cambiado su régimen, pero es evidente que no fue esa su intención, como lo corrobora el Acuerdo No. 1 de 1992 que al modificar la denominación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá por la de Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, dispuso: "La Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, no cambiará la naturaleza jurídica que actualmente tiene y la seguirán rigiendo los Estatutos consignados en el Acuerdo 72 de 1967. Lo que pretendió entonces el cabildo fue soslayar la aplicación de la ley y otorgar régimen de personal de empresas comerciales o industriales a los empleados de un establecimiento público, lo cual es contrario a los artículos 76-10 de la de 1991. No puede en nuestro concepto, participar una entidad de una doble naturaleza jurídica: ser simultáneamente establecimiento público para unos efectos, y ser, para otros, empresa industrial y comercial del Estado. La naturaleza jurídica, es una e indivisible y en consecuencia se es empresa o establecimiento público, para todos los efectos legales. En nuestro sentir por tanto, mientras no se pruebe que el cargo de "asignados" que desempeñó el causante, según los estatutos de la Empresa podía ser desempeñado por un trabajador oficial, o que se trataba de un trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas, debe reputársele empleado público y los conflictos que surjan

de su relación laboral deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS *DOCTORES DOLLY PEDRAZA DE ARENAS Y JOAQUIN BARRETO RUIZ*

Santafé de Bogotá D.C., enero 15 de 1993.

Ref: Expediente. 6385. APELACION INTERLOCUTORIOS. ACTOR: *Ana Beatriz Lozano de Rodríguez*

Con todo respeto nos separamos de la decisión tomada en forma mayoritaria por la Sala en este asunto, por las razones que a continuación se exponen:

La jurisprudencia ha sostenido que el carácter de la relación de trabajo entre el Estado o una entidad pública y sus servidores no lo determina la naturaleza del acto jurídico por medio del cual se hizo la vinculación sino la naturaleza de la respectiva entidad (criterio orgánico) y excepcionalmente por la clase de actividad (criterio funcional), de manera que por la sola existencia de un contrato de trabajo no puede calificarse la naturaleza del vínculo, como contractual.

En el caso *sub-judice* la entidad demandada es la Empresa de Teléfonos de Bogotá que, por virtud del Acuerdo 72 de 1967 se constituyó como "establecimiento público descentralizado" y por ello, por regla general, sus servidores son empleados públicos conforme a lo dispuesto por la ley 6a. de 1945, el artículo 4o. del Decreto 2127 del mismo año, el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, sobre cuya aplicación analógica respecto de las entidades territoriales ya se ha pronunciado la jurisprudencia, y los artículos 156 y 292 del Código de Régimen Municipal en concordancia con el artículo 1o. de la ley 8a. de 1991.

Según estas normas, se exceptúan de esta clasificación los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquellos cargos que según los estatutos del establecimiento público puedan ser desempeñados por personas vinculadas por contrato de trabajo, o sea que mientras no se compruebe que el servidor se encuentra dentro de alguno de esos casos exceptivos, debe entenderse que lo cobija la regla general, es decir, que es un empleado público y que su vinculación debe entenderse como originada en una relación legal y reglamentaria.

No se desconoce la existencia del Acuerdo 21 de 1987 que en sus artículos 1o. y 2o. dispuso lo siguiente:

> "ARTICULO PRIMERO: Las Entidades del Sector Descentralizado del Distrito Especial de Bogotá continuarán aplicando y celebrando Convenciones Colectivas que tienen carácter contractual de obligatorio cumplimiento con sus trabajadores, quienes conservan el carácter de trabajadores oficiales.

"ARTICULO SEGUNDO: Para efectos laborales son Empresas Comerciales o Industriales de la Administración Descentralizada del Distrito las siguientes:.....Empresa de Teléfonos de Bogotá....."

Sin embargo, estos preceptos son contrarios a la Constitución Política y por ello la Sala debió inaplicarlos acudiendo a la excepción de inconstitucionalidad autorizada por el artículo 4o. de la Carta.

La determinación del régimen jurídico de los servidores públicos es función que la Constitución Política atribuyó al legislador (art. 76-10 de la Constitución de 1886 y 150 -23- de la Constitución de 1991), luego no pueden válidamente ni las Asambleas ni los Concejos, so pretexto de determinar la estructura de la administración territorial, variar la clasificación y por ende el régimen de los servidores de los departamentos o municipios.

El Concejo de Bogotá, al disponer mediante el Acuerdo 21 de 1987 que en todo el sector descentralizado del Distrito Especial de Bogotá, sus servidores conservan el carácter de trabajadores oficiales y que "para efectos laborales" la Empresa de Teléfonos de Bogotá es una empresa comercial o industrial de la administración descentralizada del Distrito, no se limitó a determinar la estructura de la administración distrital, sino que se arrogó la función de clasificar los servidores públicos distritales.

Podía el Concejo Distrital haber modificado la naturaleza de la entidad convirtiéndola en empresa comercial o industrial, en cuyo caso para todos los efectos legales, entre ellos los laborales, hubiera cambiado su régimen, pero es evidente que no fue esa su intención, como lo corrobora el Acuerdo 1o. de 1992 que al modificar la denominación de la Empresa de Teléfonos de Bogotá por la de Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, dispuso: "La Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, no cambiará la naturaleza jurídica que actualmente tiene y la seguirán rigiendo los Estatutos consignados en el Acuerdo 72 de 1967".

Lo que pretendió entonces el Cabildo fue soslayar la aplicación de la ley y otorgar régimen de personal de empresas comerciales o industriales a los empleados de un establecimiento público, lo cual es contrario a los artículos 76-10 de la Constitución de 1886 y 150-23 de la de 1991. No puede en nuestro concepto, participar una entidad de una doble naturaleza jurídica: ser simultáneamente establecimiento público para unos efectos, y ser, para otros, empresa industrial y comercial del Estado. La naturaleza jurídica, es una e indivisible y en consecuencia se es empresa o establecimiento público, para todos los efectos legales.

En nuestro sentir por tanto, mientras no se pruebe que el cargo de "asignador" que desempeñó el causante, según los estatutos de la Empresa podía ser desempeñado por un trabajador oficial, o que se trataba de un trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas, debe reputársele empleado público y los conflictos que surjan de su relación laboral deben ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispone el numeral 6o. de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo.

Por estas razones consideramos que la Sala debió revocar el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y admitir la demanda.

Atentamente,

Dolly Pedraza De Arenas

Joaquin Barreto Ruiz

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Santafé de Bogotá, D.C.,

REF.: Expediente No. 6385

APELACION INTERLOCUTORIOS

Actor: *Ana Beatriz Lozano de Rodríguez.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DR. ALVARO DIAZ GRANADOS.

Por compartir las razones expuestas por los Doctores DOLLY PEDRAZA DE ARENAS y JOAQUIN BARRETO RUIZ en escrito visible a folios 98 a 102, me adhiero al salvamento de voto suscrito por ellos.

Atentamente,

Alvaro Diaz Granados

DEMANDA-Requisitos/**COPIA DEL ACTO/PUBLICACION/DEMANDA**-Corrección

La aclaración o corrección de la demanda vienen a constituir con ésta una sola pieza procesal, lo que no es óbice para que la parte demandante aporte con la aclaración o corrección de la demanda, copia autenticada del acto que impugna, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según el caso, y en defecto, cuando no le sea posible aportarlo por encontrarse en alguna de las circunstancias del inciso 1o. del mencionado artículo, máxime si ésta aún no ha sido admitida, como sucede en el caso de autos, o recurrir a la petición previa para que sea solicitado por el ponente. Esa expresión de alguna de esas circunstancias, que señala el mencionado inciso, se entiende hecha bajo la gravedad del juramento con la sola presentación de la misma, es decir, que no es necesario manifestarlo de manera expresa como parece que lo entendió el Tribunal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna*

Ref.: Expediente No. 7340. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: *Jorge Arturo Rojas Acosta.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 23 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, mediante el cual se inadmitió la demanda.

Dice el Tribunal, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143, inciso 2o. del Código Contencioso Administrativo, se le concedió mediante providencia

de 22 de mayo de 1992 a la parte interesada el término de cinco (5) días con el fin de que corrigiera los defectos de la demanda, en el sentido de:

> "a) Autenticar el poder y la demanda, por cuanto le confirieron poder para demandar el acto complejo (sentencias de primera y segunda instancia y el decreto 2901 de diciembre 30/91) y sólo demandó este último.
>
> "b) Acompañar copia autenticada de los actos que conforman el acto complejo".

Que en acatamiento de lo solicitado, el apoderado del actor presentó un memorial con el ánimo de subsanar la demanda, y adapta las pretensiones a los términos del poder conferido, pero formula "SOLICITUD PREVIA" para que de conformidad con el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, se solicite copia auténtica de los actos acusados.

Continúa el Tribunal y hace hincapié en que dicho artículo, modificado por el artículo 25 del Decreto 2304 de 1989, establece que a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación o ejecución, según el caso. Y cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación de la misma, con el fin de que se solicite por el ponente antes de la admisión de la demanda.

Agrega el Tribunal, que de conformidad con el artículo 143 de la misma codificación, no se admitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos de caducidad de la acción. Y si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, mediante auto expresará los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en el plazo de cinco días, y si no lo hiciere se rechazará la demanda.

Y, por último, que de conformidad con las normas anteriores, no encuentra oportuna la petición que formula el apoderado del demandante para que en este momento procesal se solicite fotocopia autenticada de los actos acusados, puesto que tal oportunidad está contemplada para el caso de que no puedan acompañarse los actos acusados con la demanda, no con la corrección de la misma, como ocurrió en el caso de autos, cuando ya el Despacho ha entrado en el estudio de la admisión de la demanda y el actor se encuentra en las prevenciones que contempla el inciso 2o. del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, en caso de no corregir la demanda, para concluir que se omitió acompañar copia autenticada de los actos acusados en el momento que indica la ley. Y en el supuesto de que ello fuere viable, en gracia de discusión, y que fuera viable la petición previa, ella debe obedecer a encontrarse el demandante frente a las circunstancias que señala el artículo 139 en su inciso 3o., lo que se expresa en la petición ni ésta se hace bajo juramento.

EL RECURSO DE APELACION

En la sustentación de la alzada arguye el apoderado recurrente que no se le debe quitar al accionante el derecho de defensa de sus intereses, los cuales fueron vulnerados con los actos administrativos atacados, dándosele así la oportunidad de que en su caso se profiera un fallo justo en donde prevalezca el derecho sustancial, la equidad, la jurisprudencia y los principios generales de derecho, más que la forma.

Que el Tribunal hubiera tenido razón para inadmitir la demanda si hubiera observado negligencia en la consecución de fotocopias autenticadas de los actos acusados, pero que entre los anexos de la demanda se halla el informativo disciplinario. No. 042/R-313 en 298 folios, que incluye, como se pretende establecer, los fallos administrativos de la 1a. y 2a. instancia, el decreto 2901 de 30 de diciembre de 1991 y la orden administrativa de personal No. 1-004 que le dio publicidad a la decisión, gracias a las gestiones adelantadas por el accionante de conseguir la fotocopia, así sea simple.

De ahí, que la única omisión involuntaria consiste en no haber podido llegar con la demanda fotocopia autenticada de los actos demandados por la dificultad que ello representa.

Que con respecto a la solicitud previa que elevó al corregir la demanda (fl. 342) en el sentido de que antes de su admisión se solicitaran los actos acusados al Archivo de la Dirección General de la Policía Nacional, si bien es cierto no se dijo nada sobre la dificultad de conseguirlos, lo cierto es que se hicieron los trámites ante la Asesoría Jurídica de Asuntos Contencioso Administrativos del "Departamento de Policía del Valle" como se puede observar con la copia del escrito visible a folio 355, en donde aparecen el sello y firma correspondientes y con la contestación dada con fecha 23 de junio de 1992, visible a folio 356.

Y, por último, que la inadmisión de la demanda no sería tan grave si el término de caducidad fuera más amplio y hubiera oportunidad de presentar nuevamente la demanda. Y que si se conceden cinco (5) días para corregir la demanda (art. 143) cuando se trata de defectos formales, antes de su admisión este hecho permite, y más cuando existen los antecedentes administrativos, así no estén autenticados, para que el magistrado sustanciador las solicite de oficio.

SE CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, (modificado por el artículo 25 del decreto 2304 de 1989), a la demanda se deberá acompañar, entre otras, una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso. Y en el inciso 1o. establece el mismo artículo, que cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de

la oficina donde se encuentra el original o del periódico en que se hubiere publicado a fin de que se solicite por el Ponente antes de la admisión de la demanda.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 26 del decreto 2304 de 1989), si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los efectos simplemente formales para que el demandante los corrija en el plazo de cinco (5) días; si no lo hiciere, se rechazará la demanda.

Con base en esta última disposición, el Tribunal mediante auto de 22 de mayo de 1992 (fl. 339) concedió a la parte demandante el término de cinco (5) días, para que, entre otras cosas, acompañara copia autenticada de los actos, objeto de la demanda.

En acatamiento de la providencia anterior, el apoderado del actor adecua la demanda a lo pedido en la providencia. Pero en cuanto al aporte de fotocopia autenticada de los actos acusados, ante la imposibilidad de haberlo hecho con la demanda, solicita que previa a la admisión de la misma, se pidan a la Dirección General de la Policía Nacional con sede en la ciudad de Bogotá.

Ciertamente, a folio 355 obra copia del escrito dirigido por el apoderado del actor con fecha 2 de junio de 1992 al Asesor Jurídico de Asuntos Contencioso Administrativo del "Departamento de Policía del Valle" en el que solicita la expedición por parte de la Dirección General de la Policía Nacional o de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali, de fotocopia autenticada de los actos acusados.

Con oficio calendado el 23 de junio de 1992, (fl. 356) el mencionado Asesor Jurídico le responde al apoderado del actor, que los documentos solicitados se encuentran en el archivo General de la Policía Nacional en la ciudad de Bogotá a donde le sugiere dirigirse, dado el caso de que cuando los oficiales son retirados del servicio (como es el caso del demandante) las hojas de vida son enviadas a dicho archivo.

Así queda demostrada la gestión adelantada por el apoderado de la parte demandante sin haberle sido posible obtener copia autenticada de los actos atacados, por lo que se vio precisado a elevar la petición previa.

Esa petición como se desprende del inciso 4o. del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 25 del decreto 2304 de 1989) es precisamente previa a la admisión de la demanda.

Ahora bien, la aclaración o corrección de la demanda vienen a constituir con ésta una sola pieza procesal, lo que no es óbice para que la parte demandante aporte con la aclaración o corrección de la demanda, copia autenticada del acto que impugna, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según el caso, y en su defecto, cuando no le sea posible aportarlo por encontrarse en alguna de las circunstancias del inciso 1o. del mencionado artículo, máxime si esta aún no ha sido admitida, como sucede en el caso de autos, o recurrir a la petición previa para que sea solicitado por el ponente.

Esa expresión de alguna de esas circunstancias, que señala el mencionado inciso, se entiende hecha bajo la gravedad del juramento, con la sola presentación de la misma, es decir, que no es necesario manifestarlo de manera expresa como parece que lo entendió el Tribunal.

Con base en los argumentos anteriores la Sala revocará la providencia impugnada y, en su lugar, ordenará que el Tribunal solicite copia autenticada de los actos impugnados, y recibidos éstos, procederá a admitir la demanda, siempre que llene los requisitos legales.

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

RESUELVE:

1.- Revócase el auto apelado de 23 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera.

2.- Como consecuencia de la revocatoria anterior el Tribunal solicitara al Archivo General de la Dirección General de la Policía Nacional copia autenticada de los actos impugnados.

3.- Recibidos los actos, procederá el Tribunal a admitir la demanda, siempre y cuando llene los requisitos legales del caso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 10 de diciembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro.

Enieda Wadnipar Ramos, Secretaria

CONCILIACION-Improcedencia/**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/DESISTIMIENTO CONDICIONADO**- Improcedencia.

El Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales, en su artículo 2o., previó la conciliación, pero no en los procesos laborales, penales y contencioso administrativos, en el artículo 6o. reguló la forma de conciliar en los procesos a que se refiere el artículo 2o. y en lo contencioso administrativo en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Es decir, dejó por fuera la posibilidad de conciliar en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde éste depende de la declaratoria de ilegalidad del acto. Como el artículo 62 suspende durante su vigencia —42 meses contados a partir del 10 de enero de 1992— las normas que le sean contrarias, el Consejo de Estado ha entendido que la Ley 23 de 1991 está suspendida en cuanto permite la conciliación en procesos distintos a los de reparación directa y contractuales. No es posible aceptar en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho un desistimiento condicionado, pues las entidades públicas sólo pueden acudir o a la conciliación extrajudicial o judicial o a la transacción en los términos y con las formalidades exigidas en las normas que regulan estas figuras para poner fin a un proceso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de Diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Ref.: Expediente No. 7385. Apelación Interlocutorios. Actor: *Rafael E. Fandiño Franky*

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador 23 en lo Judicial para Asuntos Administrativos contra la providencia que declaró terminado el proceso por desistimiento, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 24 de junio de 1992.

El Tribunal declaró terminado el proceso con base en memorial presentado por el apoderado del actor, en el cual desiste de todas las pretensiones de la demanda; argumentó que a pesar de que el desistimiento contenido en la solicitud conlleva una transacción, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se tramitó conforme al procedimiento estipulado para el desistimiento y por esa razón no se hizo el estudio correspondiente de la transacción. Observó también el Tribunal que de acuerdo con los estatutos de la entidad demandada, el Gerente puede por sí mismo coadyuvar la petición hecha por el actor.

El Procurador 23 de lo Judicial para Asuntos Administrativos, pide que se revoque en su totalidad la providencia proferida por el Tribunal, argumentando que el artículo 342 del C.P.C. dispone en uno de sus incisos que "el desistimiento debe ser incondicional salvo acuerdo de las partes", y en el escrito contentivo del desistimiento se desiste de todas las pretensiones contenidas en la demanda en forma condicionada al pago de una suma de dinero; la coadyuvancia del Gerente de las entidades demandadas no implica un acuerdo que denote algo más formal, como lo es una transacción, siendo esta figura la que en el fondo se presenta, por equivaler a una suma tan alta de contraprestación que va a recibir el actor: tampoco se configura la misma a la luz del artículo 340 del C.P.C. Finalmente afirma que no es posible el desistimiento cuando lo intentado es una acción de nulidad y restablecimiento del derecho donde se solicita la nulidad de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad.

El apoderado del actor sostiene que de acuerdo con el artículo 342 del C.P.C. el desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, es decir que éstas pueden convenir que no sea incondicional, situación que se presenta en este acuerdo; que no es posible aplicar las figuras correspondientes a la transacción y la conciliación, la primera porque el Título XXVI Capítulo II del C.C.A., la permite de manera expresa para las acciones relativos a contratos y reparación directa y cumplimiento, y la segunda porque el Decreto 2651 de 1991 la suspendió implícitamente de manera temporal para este tipo de acciones.

Continúa el apoderado del actor, invocando la doctrina, señalando que contrario a los argumentos del Procurador, con la aceptación del acuerdo de desistimiento por la entidad demandada no se pone en tela de juicio la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, sino solamente se llega a un acuerdo sobre los efectos patrimoniales que aquel produce.

LA SALA CONSIDERA:

El C.P.C. regula las figuras de la transacción y el desistimiento en forma diferente. En el artículo 342 inciso 7 se prevé: "El desistimiento debe ser incondicio-

nal, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes".

En lo contencioso administrativo el desistimiento debe ser incondicional, pues ningún tipo de arreglo o compromiso cabe respecto de las consecuencias de la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad y mantiene su obligatoriedad mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción.

Al proceso no se allegó ningún documento que indique cuál fue la transacción pactada —si ella existió— y tampoco hay constancia de conciliación anterior a la prestación de la demanda o posterior.

Sabido es que la Ley 23 de 1991 en sus artículos 59 a 65 contempló la posibilidad de conciliación en las etapas prejudicial o judicial, para los conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilen en la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., es decir, la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, el Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, sobre descongestión de despachos judiciales, en su artículo 2o. previó la conciliación, pero no en los procesos laborales, penales y contencioso administrativo.

En el artículo 6 reguló la forma de conciliar en los procesos a que se refiere el artículo 2o. y en lo contencioso administrativo en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Es decir, dejó por fuera la posibilidad de conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde éste depende de la declaratoria de ilegalidad del acto.

Como el artículo 62 suspende durante su vigencia —42 meses contados a partir del 10 de enero de 1992— las normas que le sean contrarias, el Consejo de Estado ha entendido que la Ley 23 de 1991 está suspendida en cuanto permite la conciliación en procesos distintos a los de reparación directa y contractuales. Así lo interpretó también la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 2 de marzo de 1992.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de diciembre de 1991, con ponencia de los Doctores Pedro Escobar Trujillo y Pablo J. Cáceres Corrales, declaró exequibles los artículos 59, 61, 62, 63, 64 y 65 de la Ley 23 de 1991 pero "únicamente en el entendimiento explicado en el numeral 5o. de la parte considerativa".

Según la Corte Suprema, la posibilidad de conciliación sobre los efectos particulares y patrimoniales de los actos administrativos, aún de aquellos cuya nulidad ya esté pedida en la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 85, depende de si el acto consciente revocación directa. Dice así la sentencia al respecto:

> "Será necesario, claro está, que se esté en presencia de cualquiera de las causales consagradas en el artículo 69 del C.C.A. Advierte la Corporación

que en cuanto a las condiciones formales que disponen los prementados artículos 70 y 71 del C.C.A., la Ley 23 en su artículo 62 introdujo modificación al régimen del código, consistente en que no será obstáculo, para su procedencia, la previa interposición de los recursos de la vía gubernativa contra el acto en cuestión ni, para su oportunidad, la admisión de la demanda por el Juez administrativo competente; pero siendo estos requisitos de jerarquía puramente legal y no constitucional, su reforma no conculca en modo alguno la normatividad suprema.

Colígese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoría se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra ante alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiestas o por inconveniencia y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación; claro que formal o externamente, se seguirá un orden cronológico inverso, pues el acto será revocado como consecuencia de haberse llegado a la conciliación patrimonial, ya que si ésta fracasa por cualquier motivo, aquél continuará firme.

Bajo esta óptica la institución de la conciliación contencioso-administrativa prevista en las normas sub-judice y contraídas a los casos que en procedencia fueron examinados, no entraña posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional. En este entendimiento y con las precisiones anotadas la Corporación la juzga exequible".

En conclusión, el Consejo de Estado considera suspendidos los artículos 59 y ss. de la Ley 23 de 1991.

Pero aún, cuando cese la suspensión y cobren nuevamente vigencia sólo desapareciendo el acto por vía de la revocación directa sería posible la conciliación.

Dentro de este proceso, ni es viable la conciliación por estar suspendida, ni se ha probado la revocatoria directa del acto acusado, en el caso de que procediera, la cual no considera posible la Sala por tratarse de una declaratoria de insubsistencia que puso fin a la relación laboral, y sólo a través de un nuevo nombramiento con efectos hacia el futuro o por sentencia judicial podría reanudarse.

En los términos en que ha sido presentado el desistimiento, dependiendo del pago de una suma de dinero por parte de las Empresas Municipales de Cúcuta, estima la Sala que no puede ser aceptado.

La terminación anormal del proceso por transacción sólo está permitida en nuestro Código en el artículo 218 para las acciones de reparación directa y contractuales, mediante la observancia de determinadas formalidades, y no es eso lo que se solicita en el memorial de desistimiento.

Concluye la Sala después del análisis anterior, que no es posible aceptar en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho un desistimiento condiciona-

do, pues las entidades públicas sólo pueden acudir o a la conciliación extrajudicial o judicial o a la transacción en los términos y con las formalidades exigidas en las normas que regulan estas figuras, para poner fin a un proceso.

El desistimiento condicional, por acuerdo de las partes, previsto en el artículo 342 del C. de P.C. no compagina con la naturaleza de los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción y en los cuales el restablecimiento del derecho depende de la declaratoria de nulidad de un acto que, mientras no se produzca sentencia definitiva, goza de presunción de legalidad.

Por lo expuesto,

ESTA SALA RESUELVE:

Revócase el auto de julio 16 de 1992 por el cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró terminado el proceso por desistimiento presentado por el señor Rafael Fandiño Franky.

En su lugar,

SE DISPONE:

No se acepta el desistimiento de las pretensiones de la demanda presentada por el señor Rafael Fandiño Franky.

Devuélvase el expediente al Tribunal a fin de que el proceso continúe su trámite normal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aprobada por la Sala en sesión de 10 de diciembre de 1992.

Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro,

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

INDICE DE ACTORES
IV TRIMESTRE DE 1992
TOMO I

Página

A

ADALBERTO CARVAJAL SALCEDO	621
AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A -AVIANCA-	468
AGENCIA DE ADUANAS HERMIN SUAREZ MANJARRES	515
ALBERTO ALMANZA FLOREZ	843
ALBERTO GONZALEZ MURCIA	824
ALCALDIA MAYOR DEL MUNICIPIO DE QUIBDO	783
ALEJANDRO GALLEGO CANO	322
ALEJANDRO GUTIERREZ LOAIZA	1001
ALFONSO E. RODRIGUEZ PIZARRO	309
ALFONSO HELI CASTAÑO PELAEZ	777
ALFONSO LOPEZ PATIÑO	800
ALVARO GIL CHICA	980
ALVARO RAMIREZ BOTERO	209
AMAURY HERNANDEZ GARCIA	1088
AMPARO CUARTAS CHICA	9
ANA BEATRIZ LOZANO	1237
ANTONIO JOSE GAITAN CABALLERO	1134
ANTONIO MARIA LAGUADO GUTIERREZ	1203
ARMANDO ALFONSO JARAMILLO	1142
ARMANDO GARZON LOPEZ	1075
ARMANDO RODRIGUEZ BARATTO	1199
ASHOPROCOL	563
ASOC. NAL. DE EMPLEADOS DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A.	749
ASOCIACION CLUB CANINO COLOMBIANO	245

B

BERNARDO ARBELAEZ MARTINEZ Y OTRO 484
BLANCA CECILIA ENRIQUEZ MEDINA 930

C

CAJA NAL. DE PREVISION SOCIAL
-JOSE MANUEL AVELLANEDA BAUTISTA- 770
CAJA NAL. DE PREVISION SOCIAL- JUDITH ANZOLA DE RAMIREZ 1161
CARLOS ALBERTO MORENO MORA 898
CARLOS HERNAN AGUALIMPIA MONTOYA 1111
CARLOS SANTANA BAHAMON Y OTROS 878
CARLOS VICENTE DE ROUX R. 647
CEPILLOS FULLER V. GARCIA Y CIA. LTDA. 264
CONALASFALTOS LTDA. 16
CONFAMILIAR ANDI 551
CONSTANZA RAMIREZ BELTRAN 460
COOPEFAC 710
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA 22
CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. Y OTRO 1036
CROYDON S.A. 1148

D

DOMINGO GARCIA TRUJILLO 814
DORA CECILIA GARAY ORJUELA 1021
DORA SILVA CABRALES 1138

E

EDUARDO GIRALDO BOTERO 678
ELSY ALVARADO CIFUENTES 903
EULALIA CISNEROS DE RAUCH 966

F

FABIO ERNESTO CRUZ RUIZ 696
FEDERICO FORERO Y OTRO 334
FELIX EDUARDO MARTINEZ RAMIREZ 558, 682
FERNANDO DE JESUS NIETO SANCHEZ 957

FERNANDO URICOECHEA CORENA 1222
FRANCISCO ARMANDO CAICEDO MONTUA 1177
FRANCISCO HUMBERTO ARISMENDY ARISMENDY 1229
FRANCISCO JOSE TRUJILLO ORTIZ 326

G

GABRIEL ENRIQUE DIB DAVID 863
GERMAN BARBERI PERDOMO Y OTRO 788
GERMAN CAVELIER 236
GRACIELA M. DE JESUS RODRIGUEZ SUAREZ 890
GUILLERMO ALVAREZ ZULETA 347
GUILLERMO ROMERO GARCIA 840
GUILLERMO ZEA FERNANDEZ 689
GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ Y OTRO 213

H

HECTOR HERNANDO VASQUEZ 1173
HERMAN GANS-ABELLO 313
HERNANDO OTERO RODRIGUEZ 853
HORACIO PERDOMO PARADA 609

I

INCOLMA 480
INVERSIONES GAVIRIA LTDA. 511
ISRAEL MORALES PORTELA Y OTRO 421

J

JAIME ALFONSO SANABRIA Y OTRO 983
JAIME ARAUJO RENTERIA Y OTROS 627
JAIME ARTURO OCAÑA MONTUFAR 1017
JAVIER ALBERTO MORENO TORRES 766
JAIRO DE JESUS MONTOYA ROJAS 761
JAIRO HERRAN VARGAS Y OTROS 363
JAIRO MARIO BAENA MEJIA 435
JESUS ALIRIO MUÑOZ GONZALEZ 1130
JESUS VALLEJO MEJIA 259, 496
JORGE ARTURO ROJAS ACOSTA 1244

JORGE HERNAN DOMINGUEZ RODRIGUEZ 1096
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY 546
JORGE SAMUEL ZAMBRANO B. 1167
JOSE EDUARDO NARVAEZ VITERI Y OTRO 1214
JOSE ENRIQUE GARCIA SANCHEZ 604
JOSE GONZALO OTALORA CARO 1156
JOSE GUILLERMO PULIDO MEDINA 819
JOSE HUMBERTO ESPINEL MARTINEZ 1011
JUAN B. PAREDES USQUIANO 730
JULIO CESAR OLAYA PERDOMO 218
JULIO SANTANDER MARQUEZ 1080

L

LISANDRO ALBERTO LAMOS MORENO 913
LUIS ALFONSO ANGULO PAVA 1032
LUIS CARLOS SACHICA APONTE 269, 617
LUIS CLAUDIO CARDOZO DIAZ 1186
LUIS EDUARDO AVILA GOMEZ 230
LUIS ERNESTO MORALES ARELLANO 941
LUIS HERNANDO MONSALVE DIAZ 811
LUIS HUMBERTO PEÑA ONZAGA 1060
LUIS SOLANO FLOREZ 521
LUZ ENITH DURAN PEREZ 923
LUZ ORFILIA CHACON DE GOMEZ 961

M

MAGDALENA INES CORREA HENAO 526
MANUEL G. GARCHANA ROMERO 1219
MANUEL GUILLERMO ROCHA J. 834
MARCELINO BELLO PACHON 977
MARCO AURELIO ESCALLON E. 994
MARIA HERLY CAÑON DE CORTES 954
MARIA CAROLINA RODRIGUEZ 674
MARIA DEL SOCORRO GIRALDO Y OTROS 909
MARIA FERNANDA MOSQUERA PIEDRAHITA 668
MARIA MARGARITA RAMOS DE LAFAURIE 936
MARIA NOHELIA LARA LOPEZ 915
MARIA TERESA GARCES 251
MARIELA CRUZ LOZANO Y OTROS 475
MARLINA MORENO QUEJADA 1119
MARTHA ELENA VILLA RIVILLAS 950
MEDARDO RODRIGUEZ AVILA 971
MERCEDES CORTES ARMAS 1042
MIGUEL ROA Y OTRA 1124

N

NADIN OSPINA MORALES 1082
NEYLA INES ORTIZ ARIZA 794
NOEL S.A 721

O

OLGA LUCIA BOTERO TORO 426
OSCAR J. URIBE MONTOYA 402
OSWALDO HERNANDEZ ORTIZ 319, 505

P

PABLO J. CACERES CORRALES 451, 637
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION 68

R

RAFAEL E. FANDIÑO FRANKY 1249
RAFAEL GONGORA USECHE 1209
RAFAEL SANDOVAL PEREZ 1193
RAIMUNDO EMILIANI ROMAN 224
RICARDO ALVAREZ BARRERA Y OTROS 570
ROBERTO DURAN ARIZA 990
ROGER DE JESUS PEÑA GOMEZ 996
ROMULO VARON SAAVEDRA 774

S

SEGUROS TEQUENDAMA S.A. 532
SIGIFREDO HURTADO GARCIA 856
SIMON CASTRO BENITEZ Y OTROS 285
SIND. DE TRAB. DE CLUBES SOC. DEPORT. Y RECREAT. DEL DPTO. DEL ATLANTICO 987
SIND. DE TRABAJADORES DE COMPAÑIAS DE SEGUROS 1006
SIND. DE TRABAJADORES DEL INST. UNIV. DE ECONOMIA Y COOPERATIVISMO 883
SINDICATO DE LOTEROS DEL CAQUETA «SILOCA» 354
SOC. «BANANA REPUBLIC INC.» 439
SOC. CROWN KABUSHIKI KAISHA 703
SOC. DACCACH HERMANOS LTDA 873
SOC. DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYAN S.A 1064
SOC. DETERGENTES S.A 443

SOC. TRANSPORTADORA Y DISTRIBUIDORA AUTOMOTORA S.A SIDAUTO S.A 340
SORAYA ISABEL COTES ESCOLAR 920

U

UNIVERSIDAD LIBRE 1069

V

VICENTE MIRANDA MELO 1055
VICTORIA EUGENIA MARIN 869

INDICE TEMATICO
IV TRIMESTRE DE 1992
TOMO I

SALA PLENA

Página

C

COMPARACION DE PATRIMONIO 22
COMPETENCIA OBJETIVA (Salvamento de voto) 12
COMPETENCIA TERRITORIAL 9
COMPETENCIA TERRITORIAL (Salvamento de voto) 14
CONFLICTO DE COMPETENCIA 9
CONFLICTO DE COMPETENCIA 16
CONFLICTO DE COMPETENCIA (Aclaración de voto) 20
CONFLICTO DE COMPETENCIA (Salvamento de voto) 12, 14
CONGRESISTA- Inhabilidades 67
CONSEJO DE ESTADO 16
CONTABILIDAD- Valor probatorio 22
CONTABILIDAD- Valor probatorio (Salvamento de voto) 38

I

IMPUESTO SOBRE LA RENTA 22
IMPUESTO SOBRE LA RENTA (Salvamento de voto) 40
INTERES SOBRE CESANTIAS (Salvamento de voto) 12

L

LIBROS DE CONTABILIDAD- Atraso 22
LIBROS DE CONTABILIDAD- Atraso (Salvamento de voto) 38
LIBROS DE CONTABILIDAD- Exhibición (Salvamento de voto) 38

N

NORMA CONSTITUCIONAL- Desarrollo legal 67

P

PASIVO 40
PASIVO- Rechazo 22
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Diferencias 67
PERDIDA DE LA INVESTIDURA- Trámite 67
PRINCIPIO DE JERARQUIA 16
PRUEBA CONTABLE 22

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto) 40
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia 22

S

SANCION PENAL 67

T

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 9

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ACTIVIDAD PORTUARIA 168
ALCALDE 73
AREA METROPOLITANA 82

AUTONOMIA ADMINISTRATIVA 196
AUTONOMIA PRESUPUESTAL 196

B

BIEN DE USO PUBLICO- Inalienabilidad 109
BIEN PUBLICO- Inalienabilidad 101

C

CAMARA DE REPRESENTANTES 78
CELEBRACION DE CONTRATOS 78
COMISION DE ASUNTOS INDIGENAS 73
COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES- Sesión conjunta 183
COMPENSACION EN DINERO- Procedencia (Salvamento de voto) 132
COMPETENCIA 73, 82, 109
CONCEJAL- Inhabilidades 189
CONCEJO MUNICIPAL 82
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO 143
CONGRESO- Facultades 116, 140
CONGRESO- Límites 140
CONTRALOR DEPARTAMENTAL 88
CONTRALOR DISTRITAL 88
CONTRALOR MUNICIPAL 88
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 196
CONTRALORIA DISTRITAL 196
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Facultades 177
CONTRALORIA MUNICIPAL 196
CONTRATACION ADMINISTRATIVA 177
CONTRATO DE COMPRAVENTA 78
CONTRATO DE OBRA PUBLICA 163
CONTRATO DE VIGILANCIA FISCAL- Autorización 196
CONTROL DE TUTELA 163
CONTROL FISCAL 177
CONTROL FISCAL 196
CONTROL POSTERIOR 177
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO- Duración 143

D

DANCOOP- Funciones 134
DELEGACION DE FUNCIONES 78

DERECHO AL TRABAJO 92
DERECHO AL TRABAJO (Salvamento de voto) 97
DERECHO DE PETICION 104
DERECHO PREFERENCIAL 92
DERECHOS DE AUTOR 104
DESCANSO COMPENSATORIO- Reconocimiento 128
DIPUTADO- Inhabilidades 189
DIRECCION GENERAL MARITIMA DEL MINISTERIO DE DEFENSA - Facultades 168
DOCUMENTO PUBLICO 104
DOTACION DE CALZADO 128
DOTACION DE CALZADO (Salvamento de voto) 132
DOTACION DE VESTIDO (Salvamento de voto) 132
DOTACION DE VESTIDO- Improcedencia 128

E

EMPLEADO PUBLICO 116, 128
EMPLEADO PUBLICO- Retiro (Salvamento de voto) 132
EMPLEO DE CARRERA 92
EMPLEO DE ELECCION POPULAR 189
EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA 116
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD- Naturaleza 92
EXPLOTACION DE CARBON 151
EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES 159

F

FACTOR SALARIAL 173
FONDO NACIONAL DE REGALIAS- Beneficiario 159

H

HERMENEUTICA JURIDICA 92
HUELGA- Improcedencia 143

I

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY- Improcedencia 151
ISS- Facultades 116

J

JURISDICCION ESPECIAL 73

L

LEY ESPECIAL 163

M

MINAS DE CERREJON 151
MINERALES DE COLOMBIA S.A 173
MINISTERIO DE TRABAJO- Facultades 143
MINISTRO DELEGATARIO- Funciones 140
MONUMENTOS NACIONALES- Inalienabilidad 101
MUNICIPIO 109

N

NACION- Representación 78
NOTARIO- Inhabilidades 88

O

ORGANISMO COOPERATIVO 134

P

PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION 101
PERSONERIA JURIDICA- Inexistencia 78
PERSONERIA JURIDICA- Inexistencia 196
PLANTA DE PERSONAL 116
PLAZA DE MERCADO- Construcción 109
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Facultades 78, 163
PRESTACIONES SOCIALES 116
PRIMA DE ANTIGÜEDAD 173
PROGRAMA DE BASE DE DATOS 104
PROPIEDAD INTELECTUAL- Régimen aplicable 104
PROYECTO DE LEY- Trámite 183
PUERTOS DE COLOMBIA 168

Q

QUORUM DECISORIO 183

R

REGALIAS 151
REGALIAS- Distribución 159
REGIMEN PENSIONAL 116
REGISTRO NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR 104
RESERVA LEGAL 104
RETIRO 128
REVISION DE CONTRATO 78, 163
REVISION DE SENTENCIA DE TUTELA- Efectos (Salvamento de voto) 97

S

SECTOR COOPERATIVO- Incorporación 134
SENTENCIA DE TUTELA- Cumplimiento 92
SENTENCIA DE TUTELA- Cumplimiento (Salvamento de voto) 97
SERVICIO PUBLICO DE PLAZA DE MERCADO 109
SERVICIO PUBLICO ESENCIAL 143
SERVICIOS PUBLICOS 143
SINDICATO MINORITARIO 143
SOFTWARE- Protección 104
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS- Facultades 168

T

TERRITORIO INDIGENA- Litigios 73
TRABAJADOR OFICIAL 116
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO 143

U

USO DEL SUELO- Reglamentación 82

SECCION PRIMERA

A

ACCION DE CUMPLIMIENTO- Improcedencia 439
ACCION DE NULIDAD 603

ACCION DE NULIDAD ESPECIAL 721
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 435
ACCION DE NULIDAD- Improcedencia 435
ACCION DE TUTELA- Reglamentación 484
ACTO ADMINISTRATIVO 236
ACTO ADMINISTRATIVO- Inexistencia 285
ACTO ADMINISTRATIVO- Expedición 603
ACTO DE CERTIFICACION 236
ACTO DE GOBIERNO 626
ACTO DE TRAMITE 443
ACTO POLITICO 626
ADUANA INTERIOR- Funciones 468
AGENTE DE ADUANA 515
ALCALDE 475
ALCALDE- Atribuciones 730
ARANCEL DE ADUANAS- Modificaciones 259
ARCHIPIELAGO DE LOS MONJES 626
ASAMBLEA GENERAL DE PROPIETARIOS- Facultades 313
ASOCIACION DE CRIADORES DE RAZAS PURAS 245
AUTORIDAD DE TRANSITO 362
AUXILIOS 213, 558

C

CADUCIDAD 721
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR 224, 551
CAJA DE PREVISON SECCIONAL 568
CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES 709
CAMPAÑA ELECTORAL- Financiación 421
CAPITAL EXTRANJERO 504
CAR 326
CAUCION 322
CENTRO DE ARBITRAMENTO 545
CENTRO DE CONCILIACION 545
CENTRO DE MERCADEO 551
CERTIFICADO DE MOVILIZACION 361
COMPETENCIA 439, 475, 545, 621, 678, 720
COMPETENCIA (Salvamento de voto) 431
COMPETENCIA RESIDUAL 495
COMPROBANTE DE REVISION 361
CONCEJAL SUPLENTE 334
CONCEJAL SUPLENTE 347
CONCEJO MUNCIPAL 334,475, 521

CONCEJO MUNICIPAL- Atribuciones 730
CONCEJO MUNICIPAL- Sesiones 347
CONGRESO 678
CONGRESO (Salvamento de voto) 431
CONGRESO- Facultades 626
CONSEJO DE ESTADO 439, 495, 720
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Atribuciones 284
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO 674
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO AERONAUTICO 674
CONTRATO DE SEGURO 361, 532
CONTRATO DE TRABAJO- Inexistencia 647
CONTRAVENCION DE TRANSITO 362
CONTRIBUCION DE VALORIZACION 609
CONTROL FISCAL MUNICIPAL 402
CONTROL FISCAL- Límites 284
CONTROL INTERNO 603
CONTROL JURISDICCIONAL 236,495, 626
CONTROL JURISDICCIONAL 721
COOPERATIVISMO 709
COSA JUZGADA 569
COSA JUZGADA- Improcedencia 627

D

DANCCOP- Facultades 709
DECOMISO ADMINISTRATIVO 515
DECRETO ESPECIAL 495
DECRETO LEGISLATIVO DE FACULTADES CONSTITUCIONALES 484
DELEGACION DE FUNCIONES 495, 668
DELEGACION DE FUNCIONES- Improcedencia 245
DEMANDA- Ineptitud 285
DEMANDA- Interpretación 721
DEMANDA- Requisitos 284, 322
DEPARTAMENTO 568
DERECHO ADQUIRIDO- Inexistencia 340
DERECHO AL TRABAJO 218
DERECHO COMUNITARIO 209, 721
DERECHOS CIVILES 218
DERECHOS DE ADUANA 696
DERECHOS DE AUTOR 689
DESCRIPCION 532
DICTAMEN PERICIAL- Valoración 480
DIRECCION GENERAL DE ADUANAS- Facultades 696
DISTRITO DE RIEGO 326
DIVISION DE ESCALAFON Y CARRERA DOCENTE 621

E

EJERCICIO DE PROFESIONES 563
EJERCICIO DE PROFESIONES- Reglamentación 525
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO 426
ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO- Vigilancia 647
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS (Salvamento de voto) 431, 433
ESCALAFON DOCENTE 621
ESTATUTO BASICO 426
ESTATUTO BASICO (Salvamento de voto) 431
ESTATUTO INTERNO 426
ESTATUTO ORGANICO (Salvamento de voto) 433
EXCEPCIONES- Naturaleza 353
EXPROPIACION 609
EXTRANJEROS 218

F

FACTOR PRESTACIONAL 309
FALTA DE NOTIFICACION- Inexistencia 511
FEDERACION NACIONAL DE CAFERTEROS 284
FONDO NACIONAL DEL CAFE 284

G

GANADERIA 245
GOBERNADOR- Atribuciones 678

H

HECHO PUNIBLE 678
HOMEOPATIA 563
HONORARIOS 545

I

IMPORTACION 696
IMPUESTO AD VALOREM 696
IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES 451, 637
INDEMNIZACION PREVIA 451
INGENIERO ELECTRICISTA- Matrícula 525
INSTITUCION DE EDUCACION SUPERIOR 617
INTERES GENERAL 647

INTERPRETACION PREJUDICIAL 439
INSTITUCION DE UTILIDAD COMUNITARIA- Vigilancia 617
INTRA 362
INVERSION EXTRANJERA 504
IVA- Destinación 568
IVA- Redistribución 568

J

JEFE DE ESTADO 626
JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES 230, 678
JUEGO DE AZAR 682
JUEGO PERMITIDO- Inexistencia 682
JUEGOS PERMITIDOS 730
JUEGOS PROHIBIDOS 730
JUNTA SECCIONAL DEL ESCALAFON 621
JUSTO TITULO- Inexistencia 340

L

LEGITIMACION POR ACTIVA 435
LEY ESTATUTARIA- Inexistencia 484
LIBERTAD DE ASOCIACION 245
LIBRANZA- Trámite 709
LIBRO DE GENEALOGIAS 245
LICENCIA DE AGENTE DE ADUANA- Cancelación 515
LIMITES DE COLOMBIA 626

M

MERCADEO 551
MERCANCIA- Custodia 468
MINISTERIO DE AGRICULTURA- Facultades 245
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 621
MINISTERIO DE JUSTICIA 545
MONOPOLIO DE LICORES 451, 637

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION 568
NACIONALIZACION DE LA EDUCACION 569
NORMA CONSTITUCIONAL- Desarrollo legal 603
NULIDAD PROCESAL- Causales 511

P

PACTA SUNT SERVANDA 647
PARQUE AUTOMOTOR 495
PARTES- Designación 284
PERSONAS DE DERECHO PRIVADO 558
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO 558
PLAN GENERAL DE INVERSIONES MUNICIPALES 475
PODER DE POLICIA 362
PODER DE POLICIA 730
PODER SUPLETORIO DE POLICIA 730
POLICIA DE TRANSITO 362
POLIZA DE SEGURO OBLIGATORIO 361
POLIZA DE SEGUROS 532
POTESTAD REGLAMENTARIA 209, 230, 269 460, 484
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites 224, 251, 259 309, 362, 525, 569
PRECIO 674
PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO 720
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Facultades 617, 626
PRESTACIONES SOCIALES 568
PRESTACIONES SOCIALES 569
PRESUPUESTO NACIONAL 569
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL 284, 721
PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD 569
PROPIEDAD HORIZONTAL 313
PROYECTO DE ACUERDO- Objeciones 475

Q

QUORUM 347
QUORUM DECISORIO 334
QUORUM DELIBERATORIO 334

R

REGIMEN DE ADUANAS 259
REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS - Régimen aplicable 460
REGISTRO DE MARCA 443, 720, 721
REGISTRO DE MARCA- Cancelación 264
REGISTRO DE MARCA- Observación 264
REGISTRO DE MARCA- Observaciones 209
REGISTRO DE MARCA- Renovación 703

REGISTRO DE MODELO INDUSTRIAL 480
REGLAMENTO DE POLICIA 730
REGLAMENTO DE TUTELA- Naturaleza jurídica 484
RETENCION EN LA FUENTE 309
RETROACTIVIDAD DE LA LEY 511
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO 353
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO 668
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO- Improcedencia 621

S

SALARIO INTEGRAL 309
SANCION 362
SANCION PECUNARIA 313
SENTENCIA INHIBITORIA 264, 285, 627
SERVICIO DE BANDA CIUDADANA 269
SERVICIO ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES 269
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION 617
SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES 251, 269, 504
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 340, 495
SESIONES EXTRAORDINARIAS- Límitaciones 521
SESIONES EXTRAORDINARIAS- Temporalidad 521
SOBERANIA 626
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA 426
SOCIEDAD EXTRANJERA 504
SUBSIDIO DE VIVIENDA 224
SUPERINTENDENCIA BANCARIA- Facultades 646
SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO
- Régimen de personal 460
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES- Facultades 646
SUSPENCION PROVISIONAL 603
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 213
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 426
SUSTRACCION DE MATERIA- Inexistencia 421

T

TARIFA 326, 545
TAXI 495
TECNICO ELECTRICISTA 525
TECNICO ELECTRICISTA- Matrícula 525
TELEFONIA CELULAR 504
TERRITORIO 626
TESTIMONIO- Ineficacia 319
TITULO VALOR- Firma 709

TRANSITO DE LEGISLACION 511
TRANSPORTE PUBLICO MUNICIPAL 495
TRATADO INTERNACIONAL 626
TRATADO INTERNACIONAL- Vigencia 236
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO 439

U

USO DE MARCA 703

V

VIA GUBERNATIVA- Agotamiento 721
VIA GUBERNATIVA- Diferencias 353
VIA GUBERNATIVA- Requisito 322
VIVIENDA POR AUTOCONSTRUCCION 647
VIVIENDA POR AUTOCONSTRUCCION- Vigilancia 646

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO 961
ABANDONO DEL CARGO- Improcedencia 1119
ABUSO DE PODER 819
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO 853
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 979,1173, 1249
ACCION DE RESTABLECIMIENTO 950
ACCION JUDICIAL 1134
ACCION PUBLICA DE NULIDAD 1129
ACTO ADMINISTRATIVO 783, 819, 957, 1147
ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO 777
ACTO DE CARACTER GENERAL- Procedencia 923
ACTO DE CARACTER PARTICULAR 853
AFILIADOS- Requisitos 883
AFIRMACIONES INDEFINIDAS 819
ANALOGIA- Improcedencia (Salvamento de voto) 1108
APORTES 1155

ASAMBLEA GENERAL 883
ASCENSO POSTUMO 1124
ASIGNACION DE RETIRO- Improcedencia 1142
AUXILIO DE CESANTIA- Intereses 1011

C

CADUCIDAD 853, 979, 1134
CADUCIDAD- Improcedencia 1173
CADUCIDAD- Suspensión 950
CADUCIDAD- Término 1219
CARGA DE LA PRUEBA 819
CARGO ADMINISTRATIVO 761
CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 898
CARRERA ADMINISTRATIVA 1059
CARRERA ADMINISTRATIVA (Salvamento de voto) 862 A
CAUSALES 1001
CLASIFICACION DE EMPLEOS- Aprobación 1064
CLASIFICACION DE RIESGOS- Naturaleza 873
CLUB MILITAR 1155
CLUB MILITAR- Socio 811, 1017
COALICION 979
COMPAÑERA PERMANENTE 903
COMPETENC IA 873, 877, 930, 983, 996, 903, 1036
COMPETENCIA (Salvamento de voto) 1240
COMPETENCIA FUNCIONAL 913
COMPETENCIA FUNCIONAL 1237
COMPETENCIA FUNCIONAL- Improcedencia 994
COMPETENCIA POR CUANTIA 834
CONCEJO MUNICIPAL 788, 1138
CONCILIACION- Improcedencia 1249
CONDENA EN COSTAS- Improcedencia 971
CONGRESO 1036, 1222
CONGRESO (Salvamento de voto) 1240
CONGRESO DE LA REPUBLICA 954
CONGRESO- Facultades (Salvamento de voto) 1196
CONSEJO DE ESTADO 983, 994
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL- Facultades 1209
CONTROL DE TUTELA 1064
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO- Beneficiarios 1036
COPIA DEL ACTO 1244

D

DEBIDO PROCESO (Salvamento de voto)	1234
DELEGACION DE FUNCIONES	799
DELEGADO DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	798
DELEGADO DEL MINISTRIO DE EDUCACION NACIONAL	799
DELEGADO DEL MINISTRO (Salvamento de voto)	809
DEMANDA	950
DEMANDA- Corrección	1244
DEMANDA- Interpretación	1147
DEMANDA- Presentación	1199
DEMANDA- Requisito	1186
DEMANDA- Requisito (Salvamento de voto)	862 A
DEMANDA- Requisitos	761, 777 979, 987, 1244
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL	1069
DERECHO DE DEFENSA	961, 1021
DERECHOS ADQUIRIDOS	1006
DESCUENTO- Improcedencia (Salvamento de voto)	1108
DESISTIMIENTO CONDICIONADO- Improcedencia	1249
DESTITUCION	843, 961, 1021
DESVIACION DE PODER	1176
DIPUTADO PRINCIPAL	909
DIPUTADO SUPLENTE	909
DIRECTOR EDUCATIVO	761
DIRECTOR- Elección	1095
DIRECTOR- Requisitos	1095
DOCENTES- Improcedencia	915

E

EMPLEADO MUNICIPAL	1042
EMPLEADO OFICIAL- Estabilidad (Aclaración de voto)	1184
EMPLEADO PUBLICO- Clasificación	1192
EMPLEADO PUBLICO- Inexistencia (Salvamento de voto)	1108
EMPLEADO PUBLICO- Régimen salarial	1036
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTI Y REMOCION	1059
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO	824
EMPLEO DE PERIODO- Insubsistencia	954
EMPRESA	873
EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA- Naturaleza jurídica (Salvamento de voto)	1192 1196, 1240
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL DISTRITO	1192, 1237

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS 1036
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS- Régimen aplicable 1203
ESCALAFON 1059
ESCALAFON DOCENTE 1222
ESTABILIDAD 856
ESTABILIDAD 1059
ESTABILIDAD- Improcedencia 1229
ESTATUTOS 1192
ESTATUTOS- Reforma 1064
EXAMEN DE RETIRO- Improcedencia 1059
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 877

F

FALSA MOTIVACION 920
FER 798, 1032
FER (Salvamento de voto) 809
FOCINE- Régimen de personal 1203
FONDO EDUCATIVO REGIONAL 890
FONDO NACIONAL HOSPITALARIO- Personal 877
FUNCIONARIO DE CARRERA 856
FUNCIONARIO DE CARRERA- Inamovilidad (Aclaración de voto) 1184
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL 1011
FUNDAMENTOS DE DERECHO (Salvamento de voto) 862 A

G

GOBERNADOR- Facultades 890
GOBIERNO MUNICIPAL 1064

H

HERMENEUTICA JURIDICA 1166
HOJA DE VIDA- Constancia 1177
HONORARIOS 1213

I

INCUMPLIMIENTO DE LOS TERMINOS 843
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES 950, 979, 987
INGRESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA
- Etapas (Salvamento de voto) 862 A

INGRESO AUTOMATICO- Improcedencia 898, 1059
INGRESO- Requisitos 898
INSCRIPCION 1129
INSTITUTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE DEPARTAMENTAL 1095
INSTITUTO DE VALORACION DEPARTAMENTO DEL TOLIMA 814
INSUBSISTENCIA 774, 793, 824, 996, 1138, 1176, 1219, 1229
INSUBSISTENCIA (Salvamento de voto) 1234
INSUBSISTENCIA- Consecuencias 1060
INSUBSISTENCIA- Improcedencia 856, 954 1095
INSUBSISTENCIA- Improcedencia (Salvamento de voto) 831
INSUBSISTENCIA- Procedencia 793, 890
INSUBSISTENCIA- Procedencia 1177
INTERLOCUTORIOS 1080
INTERROGATORIO DE PARTE- Improcedencia 1021
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY 1203
ISS 873
ISS- Régimen disciplinario 1111
IURA NOVIT CURIA- Improcedencia (Salvamento de voto) 862 A

J

JEFE DE SERVICIO 996
JEFES- Funciones 915
JUNTA ADMINSTRADORA 890
JUNTA DIRECTIVA 1064, 1069
JUNTA DIRECTIVA- Elección 1129
JUNTA DIRECTIVA- Facultades 814
JUNTA DIRECTIVA- Fijación salarial 1036
JUNTA DIRECTIVA- Miembros 1148
JUNTA DIRECTIVA- Período 1006
JURAMENTO- Improcedencia 1021
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 873
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- Juzgamiento 1147
JURISDICCION ORDINARIA 1237
JURISDICCION ROGADA (Salvamento de voto) 862 A

L

LEGITIMACION PROCESAL	1032
LEY ESPECIAL	1209
LISTA DE ELEGIBLES- Vigencia (Salvamento de voto)	862 A

M

MATRIMONIO	839
MESA DIRECTIVA	954, 1138
MESA DIRECTIVA- Facultades	793
MIEMBROS- Elección	1069
MINISTERIO	798
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL	798
MINISTERIO DE TRABAJO- Facultades	1006
MINISTRO DE EDUCACION (Salvamento de voto)	809
MINISTRO- Diferencias	798
MUERTE EN COMBATE	1124
MULTA	977

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION	761, 1032
NEGACION INDEFINIDA	819
NOMBRAMIENTO	877
NOMBRAMIENTO ILEGAL	877
NOTIFICACION	957
NUCLEOS EDUCATIVOS	915
NULIDAD PROCESAL	913
NULIDAD RELATIVA- Efectos	1160

O

OFICIAL RETIRADO	1017
ORDENANZA- Publicación	1095

P

PATRONO- Comunicación	1069
PENSION DE JUBILACION	1166
PENSION DE JUBILACION (Salvamento de voto)	1171
PENSION DE JUBILACION- Modificación	1160
PENSION DE JUBILACION- Pago	930

PENSION DE JUBILACION- Régimen aplicable	930
PENSION DE JUBILACION- Reliquidación	770
PENSION DE JUBILACION- Requistos	930
PENSION GRACIA- Compatibilidad	1171
PENSION GRACIA- Incompatibilidad	1166
PENSION POR INVALIDEZ- Reconocimiento	935
PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL	935
PERIDIDA DE VIGENCIA DEL ACTO	1147
PERIODO DE PRUEBA	856
PERIODO DE PRUEBA- Inexistencia (Salvamento de voto)	862 A
PERSONA JURIDICA	749
PERSONAL DOCENTE	770
PERSONAL DOCENTE	1042
PERSONAL DOCENTE	1166
PERSONAL DOCENTE (Salvamento de voto)	1171
PERSONAL DOCENTE NACIONALIZADO	930
PERSONERIA ADMINISTRATIVA	1186, 761
PERSONERIA JURIDICA	783
PLANTA DE PERSONAL (Salvamento de voto)	809
PLANTA DE PERSONAL- Modificación	798, 814
PORCENTAJES	971
POTESTAD DISCIPLINARIA PREFERENCIAL	863
POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites	839, 1213
PREJUDICIALIDAD- Improcedencia	1209
PRESCRIPCION- Improcedencia	1134
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA	877
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- Facultades	824, 941
PRESTACION POR MUERTE	909
PRESTACIONES PERIODICAS	1134, 1160
PRESTACIONES SOCIALES	770, 1088
PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS	1173
PRESTACIONES SOCIALES- Imprescriptibilidad	1134
PRESUNCION DE LEGALIDAD	783
PRESUPUESTO NACIONAL	1088
PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD	1088
PROCESO DISCIPLINARIO	843, 961, 1021 1176
PROCESO DISCIPLINARIO (Salvamento de voto)	1234
PROCESO DISCIPLINARIO- Autonomía	1209
PROCESO DISCIPLINARIO- Tramitación	977
PROCESO FISCAL	1209
PROCESO PENAL- Independencia	1229
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION	863
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Facultad disciplinaria	1111
PROVIDENCIA DE CONDENA (Salvamento de voto)	1108
PROYECTO DE ACUERDO- Aprobación	788

PRUEBAS- Práctica 1021
PUBLICACION 1244
PUBLICACION- Improcedencia 853

R

REAJUSTE PENSIONAL 971, 1082
REANUDACION DE SESIONES- Improcedencia 788
RECURSO DE APELACION 913
RECURSO DE APELACION- Improcedencia 990
RECURSO DE REVISION- Improcedencia 994
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION- Improcedencia 1080
RECUSACION 977
REGIMEN APLICABLE 1064
REGIMEN DE PERSONAL (Salvamento de voto) 1196
REGIMEN PRESTACIONAL 1011
REGISTRADOR SECCIONAL DE INSTRUMENTOS 1075
REGISTRO 1129
RENUNCIA 869
RENUNCIA FORZADA 941
RENUNCIA- Aceptación 824, 941
RENUNCIA- Aceptación 957
RENUNCIA- Aceptación (Salvamento de voto) 831
RENUNCIA- Efectos (Salvamento de voto) 831
RENUNCIA- Inexistencia 819, 920
RETIRO POR DERECHO A PENSION 966
REVISION DE SENTENCIAS 1001
REVOCACION DIRECTA 923

S

SECRETARIO ASESOR 1138
SEGURIDAD SOCIAL 898
SEGURO POR MUERTE 909
SENADO DE LA REPUBLICA 793
SERVICIO PUBLICO PROFESIONAL DE SALUD
- Régimen aplicable 1213
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD 996
SERVIDOR PUBLICO- Clasificación (Salvamento de voto) 1196, 1240
SILENCIO ADMINISTRATIVO (Salvamento de voto) 862 A
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO 766
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO 990
SINDICATO 783, 883, 1069
SINDICATO DE INDUSTRIA 1148

SINDICATOS 1006, 1069, 1129
SOCIEDAD CONYUGAL- Diferencias 839
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA 1064
SOCIO- Requisitos 1155
SUBSIDIO FAMILIAR- Improcedencia 1042
SUPRESION DE CARGO- Procedencia 814
SUSPENSION PROVISIONAL- Efectos 774
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia 1055
SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia (Salvamento de voto) 1217
SUSPENSION PROVISIONAL- Procedencia 788, 1213
SUSTITUCION DE PODER- Requisitos 1199
SUSTITUCION PENSIONAL 903, 1237
SUSTITUCION PENSIONAL- Beneficiarios 839
SUSTRACCION DE MATERIA 1082

T

TELECOM 1059
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS 1129
TESORERIA- Nombramiento 890
TRABAJADOR OFICIAL 1237
TRASLADO 869
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 834

U

ULTIMO AÑO DE SERVICIOS 770, 1082
UNIDAD DE EMPRESA- Improcedencia 749

V

VIA GUBERNATIVA- Agotamiento 1032
VIGENCIA- Pérdida 1147

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
realizó el diseño gráfico de este libro
Anales del Consejo de Estado
Cuarto Trimestre de 1992 I Tomo
y terminó su impresión en febrero de 1996